



431
28j

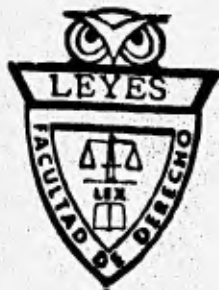
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**ABROGACION DE LA PERDIDA DE LA
PATRIA POTESTAD**

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MERCEDES JIMENEZ MEJIA



CD. UNIVERSITARIA, D. F.



1995

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas

Tesis Digitales

Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

*Lo que somos está en lo que
escribimos, en lo que contamos
y en las personas que amamos.*

*A Dios por ser angel
guardían de mi vida;
porque con su fe sincera,
sembro positividad
en mi camino.*

*A mis padres:
Con todo mi amor y cariño.
Gracias por encaminarme
hacia la vida, y darme las
bases para poder conquistarla.*

*Con fraternal y Sincero
cariño a mis Hermanos.*

A mis amigos.

*Con todo mi amor y cariño.
A Fernando Leyva Martínez,
Inspiración y estímulo en la
terminación de mis estudios.*

*A mi profesor, Dr.
Julián Güitrón Fuentevilla,
a cuya dirección debo
totalmente la realización
de esta tesis.*

PROLOGO

En los primeros años de estudio de la carrera de Licenciado en Derecho analizamos muchos e innumerables problemas, que apesar de habérse nos explicado con claridad, no llegamos a comprender en su totalidad. Actualmente observamos la gran importancia y alcance que tienen los mismos, principalmente los derechos de familia, para lograr el equilibrio necesario de las relaciones familiares y principalmente el comportamiento que deben los hijos a sus ascendientes y las obligaciones de éstos con aquéllos por la multitud y complejidad de los problemas que se pueden presentar.

El Dr. Julián Guitrón Fuentevilla menciona que "Reformar el derecho familiar es impedir la conversión de los hijos en botín del mejor postor al dilucidar los conflictos de patria potestad, custodia y guarda de los mismos". Palabras las cuales, nos han llevado a reflexionar, sobre la problemática familiar concerniente a la patria potestad que se ejerce sobre los hijos. La pérdida de la patria potestad establecida en nuestro Código Civil Vigente, impuesta a los que la ejercen, como sanción, es motivo de reforma, pues el hablar de la pérdida de la patria potestad, a nuestro juicio es un grave error del Derecho Familiar, por no considerar de manera prioritaria el interés de los menores.

Reconozco de manera especial a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, por brindarme el espacio ideal para poder llegar a el principio de un largo camino a seguir. Asimismo a la colaboración y atención de quienes sobre el conjunto de sus ocupaciones, tuvieron un continuo interés de que se llegará a la culminación de este trabajo. De manera especial al Dr. Julián Guitrón Fuentevilla, quien me asesoro con la mejor disciplina y atención profesional.

INTRODUCCIÓN

Al tratar el tema de la pérdida de la patria potestad se ponen de manifiesto aspectos que, por su transcendencia, merecen ser puestos de relieve de manera previa a toda consideración.

En primer lugar cabe recordar que se ha de estudiar, poco a poco cada uno de los aspectos de la patria potestad por ser una institución natural, calidad que vendrá a influir decididamente sobre los alcances conceptuales y sobre las definiciones que se concluyan.

Esta esencia natural de la patria potestad lleva a apreciar constantemente que la responsabilidad que recae sobre el padre en relación a su hijo pertenece a la normatividad de carácter permanente y necesario que regula al hombre por su propia dimensión de criatura racional. Siendo ello así, al traducirla, el derecho positivo no puede alterarla ni mucho menos suprimirla, correspondiéndole en cambio la delicada labor de concretarla de la manera más precisa y eficaz.

Por eso la patria potestad además de ser una institución jurídica, es también eminentemente moral y social, al vigilar la educación y corrección de los menores ejercida por sus ascendientes, los cuales tienen la obligación de cuidar de ellos. Asimismo el Estado debe observar que dichas personas cumplan con su cometido de educar a los hijos, obligación que les es impuesta tanto por el Derecho Natural, como por la Legislación Civil Vigente.

Esta institución es una de las más antiguas en el Derecho, pero bien es cierto que en la antigüedad no se conoció ni se reglamentó como actualmente se hace, es porque con el transcurso del tiempo se ve la necesidad imperiosa y constante de estar modificando las normas que la regulan por las condiciones sociales que imperan en un lugar y tiempo determinado. Por lo que, el legislador se ve obligado ya a tratar nuevos supuestos en que anteriormente no había reparado y no se hacía patente su reglamentación, o bien a modificar los preceptos ya elaborados por ser éstos, inadecuados para el sistema de vida de determinada región.

El desarrollo de este trabajo lo hemos dividido en cuatro capítulos, considerando en el primero su origen y evolución, en el segundo la doctrina y diversos criterios sobre la patria potestad, en el tercero los antecedentes en el Derecho Positivo Mexicano y por último nuestra propuesta de abrogar la pérdida de la patria potestad:

Primeramente expondremos los matices que presentó la patria potestad en el derecho romano, en los antiguos derechos español, francés y germánico.

En el capítulo segundo nos referiremos a la naturaleza jurídica de la patria potestad, a la labor de la patria potestad como una institución, a la autoridad de los padres, de las madres y de los abuelos sobre los menores sujetos a la patria potestad, así como a los derechos y deberes respectivos tanto de los hijos, como de los padres.

En el capítulo tercero, nos referiremos a los Códigos Civiles y Leyes que precedieron al hoy Código Civil Vigente en el Distrito y Territorios Federales, como son: el Código Civil de Oaxaca 1827, Código Civil del Imperio Mexicano 1866, Código Civil para el estado de Veracruz Llave 1868, Código Civil para el

Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, etc., considerando que estos códigos, son una copia de las disposiciones contenidas en el Código de Napoleón de 1804, en los cuales observamos claramente, que por lo que se refiere a la pérdida de la patria potestad, esta permanece intocable. Aplicando los principios que por disposición de la ley despojan a un padre, a una madre, o a los abuelos paternos o maternos, del sagrado derecho natural de ser padres o abuelos.

Asimismo, nos referiremos a la Ley de Divorcio Vincular de 1914, que permitió la disolución del vínculo matrimonial, facultando a los divorciados a contraer un nuevo matrimonio. Considerando que esta fue una base importante para la consolidación de la familia, por permitir la reorganización familiar, a través de una disposición jurídica, que dejarla en actitud de una convivencia insoportable, que iría en detrimento de la familia.

Situación que repercutió notablemente, en la patria potestad, pues al establecer por primera vez en México, el divorcio vincular, sancionando al cónyuge culpable con la pérdida de ésta, permite que funcionarios corruptos, con el propósito de satisfacer a padres sin escrúpulos, utilicen a los hijos como medio de presión y chantaje para hacer pagar culpas al otro cónyuge, por un mal comportamiento.

La Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Autónoma del Código Civil, promulgada con objeto de regular mejor a la familia y sus instituciones principales, tuvo como fundamento tanto la igualdad y la libertad de la mujer como la del hombre, otorgando a ésta iguales derechos para ejercer la patria potestad. Por lo que se refiere a la pérdida de la patria potestad, sin ninguna aportación.

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928, dentro de sus aportaciones por lo que se refiere a la patria potestad, encontramos la reglamentación en la manera de ejercer la autoridad paternal sobre un hijo reconocido, habido fuera de matrimonio, igualmente se reglamenta quién debe ejercer la patria potestad cuando mueran los padres, así como sobre el hijo adoptivo, etc.

En relación a las causas por las cuales se pierde la patria potestad, se consideran como aportaciones de pérdida, todas aquellas conductas que comprometan la salud, seguridad o moralidad de los menores, así como la exposición que hiciere el padre o madre de sus hijos.

El Código Familiar de Hidalgo de 1983, señala como una de sus aportaciones más importantes, que la patria potestad no debe perderse nunca y en ninguna hipótesis. Recogiendo la realidad social y el derecho natural y, sobre todo, protegiendo a los menores estableciendo como sanción, cuando se atenté contra ellos o se les abandone, la suspensión de la patria potestad.

El Código Familiar del Estado de Zacatecas 1986, puso en vigor algunas disposiciones contenidas en el Código Familiar de Hidalgo. Pero en relación a la pérdida de la patria potestad, copió textualmente el contenido del Código Civil del Distrito Federal, actitud la cual consideramos como un grave error.

La Suprema Corte de Justicia, reconoce a la pérdida de la patria potestad en los casos en que la ley la impone, considerando la naturaleza de la causa de divorcio y no la culpabilidad del otro cónyuge.

Posteriormente estudiaremos la importancia de la patria potestad, así como ver qué personas ejercen los derechos otorgados por la institución y quienes están bajo la protección de la misma. El Convenio Internacional sobre los Derechos del Niño 1990. Trataremos de dar un concepto de la pérdida de la patria potestad que

vaya de acuerdo con nuestra legislación, tomando como base las ya dadas por los diferentes autores de la materia, en relación a la patria potestad.

En cuanto a las causas de pérdida del ejercicio de la patria potestad, estudiaremos las hipótesis previstas en el Código Civil Vigente, comentándolas cada una de ellas y comparándolas con otras legislaciones, así como transcribiendo algunas ejecutorias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con este problema.

Y por último propondremos la abrogación de la pérdida de la patria potestad, por considerar de manera prioritaria el interés de los hijos. Reformando el artículo 444, 447, 283 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

Por lo anterior, pongo a consideración de los maestros que integran el Honorable Jurado, el presente trabajo, y si las afirmaciones y comentarios que el mismo contiene, no son correctas, agradeceré todas las réplicas que se me hagan, para que me sirva de experiencia y pueda corregir los errores que la tesis contiene, a lo largo de mi vida profesional.

El sustentante.

CAPITULO I

ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PATRIA POTESTAD.

El estudio de la patria potestad en cuanto a sus antecedentes históricos consideramos importante realizarlo teniendo presente las características propias de la institución en Roma y la influencia del derecho romano sobre las demás legislaciones, pues esto ha llevado a tomar como punto de partida para el estudio del origen de la patria potestad a la "*potestad romana*", sintetizada en sus peculiaridades a partir de la máxima según la cual el padre engendraba para sí un hijo y para el Estado un ciudadano.

Asimismo se menciona que aparecían entonces notorias diferencias existentes entre el status del hijo en el ámbito público y el estado de sujeción absoluta al padre. Éste ejercía sobre su hijo un poder de naturaleza similar al imperium público, ya que el término potestas referido a oficio público equivale a imperium, por lo que no extraña que en su amplitud pudiera abarcar "*el ius vitae necisque*", el derecho de abandono, de exclusión de la familia, la venta, la pignoración y la privación de patrimonio.⁽¹⁾

(1).- D'Antonio, Daniel Hugo. Patria Potestad. Editorial Astrea. Buenos Aires. Arg. 1979. p. 642.

A.-LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.

En los albores del Derecho romano, la patria potestad, debemos entenderla sobre un ámbito de conformación del grupo familiar, pues es ahí donde se concreta el ejercicio de la autoridad paterna. Por lo tanto cuando la familia es el ámbito sociopolítico fundamental, la patria potestad es fuente de poderosos y aun despóticos, vínculos de sujeción al poder paterno un poder absoluto del pater sobre sus hijos legítimos que se extiende también, a los descendientes de éstos, a los arrogados, adoptados y legitimados. Este poder absoluto deriva del fundamento mismo de la *auctoritas patris*: la jefatura doméstica que hace al pater pontífice del culto familiar, amo y señor de la domus. Tal poder se refleja, además, en la *manus maritalis* sobre la esposa y la *dominica potestas* sobre los esclavos. Finalmente, es el pater quien ejerce, el *dominium absoluto* sobre las cosas. (2)

Podemos destacar que la patria potestad estaba estatuida en beneficio del grupo familiar representado por el pater familias, y no como ahora que se considera una institución establecida en beneficio del menor.

Para comprender mejor la institución de la patria potestad hemos considerado pertinente referirnos brevemente al derecho antiguo, al derecho clásico y el bajo imperio.

Destacamos importante para entrar al estudio de la patria potestad realizar una descripción de la posición jurídica del paterfamilias, por ser una figura dominante en el derecho familiar antiguo. El paterfamilias se consideraba el centro de toda domus romana, es decir de toda familia romana, lo nombran "el jefe" por el sometimiento de sus descendientes a su autoridad paternal, así como por la sujeción de su mujer in manu, que esta en condición semejante a la de la hija.

(2).-Zannoni A. Eduardo. *Derecho de Familia*. Tomo II. 2 Edición. Editorial Astrea, Buenos Aires, Arg. 1989. p. 642.

Sostiene Eugene Petit que la soberanía del padre o del abuelo paterno era absoluto pues se consideraba como dueño de las personas colocadas bajo su autoridad, este jefe de familia podía excluir a sus descendientes por la emancipación, que consistía en la salida del hijo de la potestad del jefe de familia, puede también por la adopción, hacer ingresar a algún extranjero. Su poder se extiende al igual a las cosas, es decir, todas sus adquisiciones y la de los miembros de la familia se concentran en un patrimonio único, sobre el cual ejerce él solo durante toda su vida los derechos de propietario. Al igual menciona que el paterfamilias cumple como sacerdote de dioses domésticos, la *sacra privata*, las ceremonias del culto privado, que tienen por objeto asegurar a la familia la protección de los ascendientes difuntos. (3)

En el derecho antiguo el paterfamilias, tenía sobre los hijos de familia los mismos poderes que sobre sus esclavos, podía venderlos, abandonarlos, darlos en pago de alguna deuda etc., es decir se encontraba en las mismas condiciones que un esclavo. El padre que vendía tres veces en forma sucesiva al hijo de familia tenía como consecuencia que por este solo hecho el hijo se volvía *sui juris* según la Ley de las XII tablas. El hijo no podía casarse sin el consentimiento del paterfamilias, pues si lo hacía así el paterfamilias podía romper el matrimonio de su hijo imponiéndole el divorcio. La mujer que contraía matrimonio, salía de la familia de su pater familias para caer en la potestad del paterfamilias de su marido. En este derecho el padre podía imponer castigos corporales a sus hijos y aún matarlos previo a la opinión de los parientes más próximos.

Respecto de los bienes el paterfamilias era el único que podía disponer de ellos, aún de los bienes que adquiría el hijo por su trabajo, el paterfamilias podía confiar un peculio al hijo para que lo administrara pero el propietario era él y no el hijo. La diferencia que

(3).-Eugene, Petit, Tratado Elemental del Derecho. Editorial Nacional, México, D. F. 1971. p. 101.

había entre el esclavo y el hijo de familia era que: El hijo de familia era persona libre, tenía el *status libertatis* que faltaba al esclavo y además tenía el *status civitatis* que lo consideraba como un ciudadano romano con los mismos derechos políticos que el paterfamilias, podía votar y ser electo para las magistraturas, en tanto que el esclavo no gozaba de nada de esto.

Guillermo Margadant, considera a la patria potestad en la roma antigua como una pequeña monarquía, y al antiguo pater familias como la única persona que en la antigua roma tiene plena capacidad de goce y ejercicio, y una plena capacidad procesal, en los aspectos activo y pasivo. Mencionando que todos los demás miembros de la *domus* dependen de él y participan de la vida jurídica de roma a través de él.(4)

a) DERECHO CLÁSICO Y BAJO IMPERIO.

Poco a poco fue modificándose la legislación romana y a fines de la República se manifestó la tendencia a limitar los poderes del paterfamilias y a reconocerle derechos a los hijos, tanto en sus personas como en sus bienes. Antonio el Píadoso quitó la facultad al paterfamilias de romper por medio del divorcio un matrimonio *bene concordans* de su hijo, asimismo bajo el imperio de Septimo Severo se le quitó al paterfamilias el derecho de vida y muerte sobre el hijo. Constantino prohibió la venta de los hijos, sólo la permitía cuando hubiera caso de extrema miseria o cuando los hijos nacieran *adhuc sanguinolentus*, además se le reconoció al hijo el derecho de quejarse judicialmente de su pater familias y de exigirle alimentos.

Sostiene en este sentido Guillermo Margadant, que la patria potestad, en su origen, fue un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió, durante la fase imperial, en una

(4).-Margadant, Guillermo. Derecho Privado Romano. 8a. Edición. Editorial. Esfinge. S.A., México. p. 201.

figura jurídica en la que encontramos derechos y deberes mutuos, señalando que en tiempos de Marco Aurelio, se reconoce la existencia, en relación padre-hijo, de un recíproco derecho a alimentos.⁽⁵⁾

Respecto de los bienes se crearon diversas clases de peculios a saber: Bajo la época de Cesar se creó el *peculio castrense*, que era lo que el hijo adquiría en calidad de militar en los campos de batalla, especialmente su sueldo y su parte en el botín de guerra, de estos bienes era absoluto propietario al hijo y podía disponer de ellos testamentariamente a su muerte, si moría intestado sus bienes pasaban al padre.

Durante Constantino se creó el *Peculio Cuasicastrance* que comprendía los bienes que adquiría el hijo de familia al servicio de la Corte, del Estado o de la Iglesia.

Además había los llamados *bienes adventicios* que eran los que el hijo había recibido en la sucesión de su madre y también se comprendieron los bienes que el hijo bajo potestad adquiriera y le pertenecieran en propiedad, salvo los bienes que procedieran de su padre y que seguían formando el peculio profecticio, además se comprendían también los bienes que adquiría el hijo de los padres, de su cónyuge y de su prometida.

Sobre todos estos bienes el paterfamilias tenía el derecho de administración y de goce con excepción del *peculio castrense*.

Como se ve tanto en el aspecto humano como en el material la institución de la patria potestad en la legislación romana sufrió cambios notables del derecho antiguo al derecho clásico y el bajo imperio.

b) FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.

De acuerdo con Eugene Petit, la patria potestad, surgía de tres fuentes del derecho

(5).- Ibidem. p. 201.

civil, en forma común por el matrimonio o *justas nupcias* y en forma peculiar, por la adopción, o legitimación.(6)

Se llamo "*justas nupcias*" al matrimonio legítimo que se efectuaba conforme a las reglas del derecho civil en Roma, cuyo fin principal era la de procreación de los hijos. La mujer una vez casada entraba a formar parte de la familia del marido, quedando sometida a la potestad de quien la ejercía en ella, como una hija a su padre.

Podemos considerar a la adopción como un procedimiento, por el cual el paterfamilias adquiría la patria potestas sobre el *filiusfamilias* de otro ciudadano romano. Este último debía prestar su consentimiento para ello.

En cuanto a la adopción se distinguían dos clases de adopción: a) la adopción propiamente dicha que es la que se lleva a cabo entre personas *alieni juris*, b) la adrogación, que se efectuaba en las personas *sui juris*.

Refiriéndonos a la primera, ésta era una institución cuyo efecto es establecer entre dos personas, relaciones semejantes a las que crean las justas nupcias entre el hijo y el jefe de familia. De esta manera se introduce en la familia civil, y hace caer bajo la autoridad paterna, a personas que por lo general no tienen, ningún lazo de parentesco natural con el jefe.(7)

Por lo que se refiere a la *adrogatio*, ésta permite que un paterfamilias adquiriera la patria potestas sobre otro paterfamilias, es decir su propio hijo natural, en cuyo caso la *adrogatio* servía como substituto del moderno reconocimiento.

Eugenio Petit, señala que la adrogación sólo podía tener lugar después de una información hecha por los pontífices, y en virtud de una decisión de los comicios por curias.(8)

En cuanto a sus efectos, se dice que el adrogado pasaba bajo la autoridad paterna del adrogante y entraba como agnado a su familia civil, no siendo más que el cognado de sus

(6).-Eugene, Petit, Ob. cit., p. 103.

(7).-Ibidem. p. 104.

(8).-Ibid. p. 113.

antiguos agnados. Los descendientes sometidos a su autoridad antes de la adrogación, y la mujer que tenía *in manu*, siguen la misma suerte. Y el adrogado participaba desde entonces del culto privado del adrogante. Este cambio en su estado lleva consigo una modificación en su nombre: toma el nombre de la gens y el de la familia donde entra. (9).

La legitimación era un medio creado por los emperadores cristianos para favorecer las uniones regulares, permitiendo al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos naturales nacidos del concubinato. Guillermo Margadat, menciona que la legitimación es un procedimiento que sirve para establecer la patria potestad, sobre los hijos naturales y se realiza por las siguientes formas:

1.- El "*justo matrimonio*" con la madre, algo que no siempre era posible.

2.- Un "*rescripto del emperador*", posible escape en los casos en que el matrimonio entre los padres no era realizable ni aconsejable. El emperador sólo autorizaba la legitimación en caso de ausencia de los hijos legítimos.

3.- La "*oblación a la curia*". En este caso el padre se hacía responsable de que su hijo aceptara la desagradable y arriesgada función de curión, consejero municipal, que respondía con su propia fortuna del resultado de los cobros fiscales decretados por el exigente Bajo Imperio. Además, el padre debía separar de su patrimonio inmuebles por cierta cantidad, para garantizar la gestión de su hijo en la curia.(10)

c) EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.

Entre las causas por las cuales se termina la autoridad paterna, podemos distinguir los acontecimientos fortuitos, y los actos solemnes, dependiendo de la voluntad del jefe de familia.

(9).- Ibid. p. 114.

(10).- Margadat, Guillermo. Ob. cit. p. 203.

I.- Los acontecimientos fortuitos son:

- a) La muerte del jefe de familia.
- b) Su reducción en esclavitud.
- c) La pérdida del derecho de ciudadanía.
- d) La muerte del niño *alieni juris*.
- e) Su caída del niño en la esclavitud.
- f) La pérdida del niño del derecho de ciudadanía.
- g) La elevación del hijo de familia a ciertas dignidades.

II.- Los actos solemnes son:

- a) La entrega en adopción.
- c) La emancipación.

Eugenio Petit al referirse a los acontecimientos fortuitos que ponen fin a la autoridad paterna, también hace referencia, a dos casos de cautiverio que propiamente no daban por terminada la patria potestad, sino que únicamente la suspendían; en el primero si el "*pater familia*" recobraba su libertad y al volver se le admitía nuevamente en el seno de la familia como jefe, regresaba ejerciendo todos sus poderes sobre sus hijos, como si nunca hubiesen dejado de estar bajo su autoridad, y los bienes adquiridos durante su ausencia, pasaban a formar parte de su patrimonio. En el supuesto de que muriese en el cautiverio, los jurisconsultos decidieron que los hijos serían "*sui juris*", operando esta declaración retroactivamente, quedando éstos libres de la autoridad paterna desde el momento en que el jefe de la familia fue hecho prisionero y a su favor todas las adquisiciones efectuadas durante, ese tiempo. En el segundo si el "*alieni juris*" regresaba, se consideraba como si la autoridad paterna ejercida sobre él nunca se hubiese interrumpido ni dejado de existir, pero si moría estando cautivo, se consideraba extinguida la potestad sobre él, desde el día que fue tomado prisionero. (11)

(11).- Ibidem. p. 119.

Margadant, señala que la patria potestad por ser un derecho relacionado con el parentesco sólo puede extinguirse o modificarse de acuerdo con modos limitativamente previstos por el derecho objetivo.

Asimismo señala que en materias tan delicadas, y de orden público, no podemos dar rienda suelta a la voluntad de los particulares: *iura sanguinis nullo iure dirimi possunt*; una formulación algo torpe para decidir que los derechos de la sangre no pueden anularse libremente por actos jurídicos privados. Un simple convenio entre padre e hijo no basta, por tanto, para terminar con la patria potestad. (12)

Dentro de las causas por las cuales se extingue la patria potestad, Margadant hace referencia a las mencionadas ya por Eugene Petit, sin embargo menciona como otras causas: por casarse una hija, *cum manu* y por disposición judicial, como castigo del padre o, automáticamente, por haber expuesto al hijo, cosa frecuente en tiempos del bajo imperio, caracterizado por su pobreza general.

Cuando se extingue la patria potestad, el hijo se convertía en paterfamilias, aún sin ser necesariamente padre, como hemos visto, salvo en el caso de adopción, adrogación del paterfamilias o muerte del hijo.

En contrario la hija, fuera de los casos de adopción, adrogación del paterfamilias, muerte o matrimonio *cum manu* se convertía en una persona *sui juris*, sin llegar a ser jefe de una domus normalmente; entraba bajo la tutela de algún pariente.

Asimismo Ventura Silva, menciona como otra causa de extinción, a la celebración de un matrimonio incestuoso por parte del padre, reiterando la importancia de la emancipación, sobre todas las demás causas antes señaladas. (13)

(12).- Margadat, Guillermo. Ob. cit.p. 206.

(13).- Ventura, Silva, Sabino, Derecho Romano, 5ª Edición.Ed. Porrúa. México, 1980. p. 95.

d) ASPECTO PATRIMONIAL DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.

El aspecto patrimonial, desde un punto de vista del *ius civile*, la patria potestad implicaba: "1º Que el único titular de derechos patrimoniales, en la familia romana, era el paterfamilias; *el filius, nihil suum habere potest* "el hijo nada puede tener como suyo", 2º Que el hijo tenía capacidad de realizar negocios jurídicos que no fueran de enajenación o gravamen, porque carecía de propiedad y derechos reales; mas podría adquirir en favor del pater derechos reales o de crédito, 3º Que por carecer de capacidad legal de realizar negocios jurídicos sólo venía a ser, igual que el esclavo, un instrumento de adquisición de su pater, pues era éste quien recibía todo lo adquirido por actos del hijo; 4º Que, en cambio, si por esos actos el hijo resultaba obligado, el pater no quedaba deudor, sino sólo aquél. (14)

Podemos concluir que estas eran las consecuencias de la patria potestas en el Derecho Civil, aunque estas se fueron modificando en dos direcciones, primero, haciendo al pater familias responsable de las deudas del hijo, en determinadas condiciones y segundo reconociendo al hijo como titular de derechos patrimoniales. (*doctrina de los peculios*).

Sin embargo Juan Iglesias menciona que la incapacidad patrimonial del *filiusfamilias* entró en quiebra al afirmarse el régimen de los peculios. Entendiendo al peculio, como una pequeña suma de dinero o una pequeña masa de bienes, concedida por el pater al *filius familias* en goce y administración, el *filius* puede disponer libremente del peculio, pero no donarlo, menciona que la concesión del peculio se entiende revocable en todo momento, se dice que a la muerte del *filius*, retorna automáticamente al paterfamilias. (15)

(14).- Ibidem. p. 93.

(15).- Iglesias, Juan, Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado. 3ª Edición. Editorial Ariel, Barcelona 1958. p. 484.

B.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO GERMÁNICO.

En el derecho germánico encontramos dentro del seno familiar una figura equiparable a la patria potestad de el derecho romano, conocida desde épocas muy remotas, tal vez desde sus orígenes como "*la munt*" entendida ésta como el derecho y el deber de protección que ejercía el padre, así como la administración y disfrute del patrimonio del hijo. (16). Esta potestad era considerada siempre con un carácter protector y a la cual se encontraban sometidos todos los miembros de la comunidad doméstica. El padre era responsable de todos los actos de las personas sometidas a su potestad, pues él era el único que tiene personalidad frente a la comunidad.

El poder del padre ante la comunidad se considera como absoluto, y poco a poco se va convirtiendo en un poder que tiene como base la protección hacia el hijo, y así se habla de *mundporo*, *foramundo*, *mundoldus*, lo que no se opone para que se siga admitiendo en determinados casos el derecho de vida o muerte. El *edictum Pistense* de Carlos II (864) admite la venta del hijo en caso de extrema necesidad, cuya disposición se encuentra todavía en el espejo de sajonia. (17)

En el derecho germánico, el poder de los padres sobre los hijos no era vitalicio, se extinguía cuando el hijo llegaba a la mayoría de edad; comprende el derecho de cuidar al hijo y no se conocía la privación de la capacidad de los hijos para adquirir bienes. (18)

La patria potestad por regla general corresponde al padre, pero al igual que en el derecho romano, el derecho germano conoce también una potestad materna sobre el hijo que, mientras vive el padre, aparece oculta por el derecho de éste, haciéndose valer, en

(16).- Enneccerus Ludwig, Kipp, Theodor, Tratado de Derecho Civil, Cuarto tomo. Derecho de Familia. Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1979. p. 45.

(17).- De Cossio y Corral, Instituciones de Derecho Civil, Tomo III. Editorial Civitas, S.A. Madrid, España, 1988. p. 480.

(18).- Galindo Garfias, Ignacio, Estudios de Derecho Civil, UNAM. México, 1981.p. 669.

caso que éste hubiese muerto, hubiese sido declarado muerto o hubiera sido privado de la patria potestad si se hubiera disuelto el matrimonio, recaerá en la patria potestad de la madre. (19)

Desde los tiempos más antiguos, el hijo de familia gozaba de plena capacidad patrimonial, aunque anteriormente el producto de su trabajo le pertenecía al padre, adquiría, sin embargo, la plena propiedad de la herencia de la madre o de cualquier otra donación. El derecho de usufructo y administración, que el padre tenía sobre sus bienes y los de su esposa se conocía como una "*Gewer zu rechter Wormunundschaft*", aunque la propiedad seguía perteneciendo al hijo, cuyos bienes debían ser conservados íntegramente ya que regía el principio de *Kindergut soll weder wachsen noch schwinden*, los bienes del hijo no deben ni crecer, ni desaparecer. Sin embargo podía, el padre disponer libremente de los bienes muebles del hijo, pero necesitaba el consentimiento de éste cuando se trataba de inmuebles, siendo responsable de los delitos de sus sometidos a su potestad, con la posibilidad de librarse de la responsabilidad del hijo. (20)

En el derecho germánico se reconocía que el padre no tenía derecho alguno sobre el *peculium castrense* y *quasi castrense* y que en cambio en las demás adquisiciones del hijo, si bien este ostentaba la propiedad, el padre tenía la administración y el disfrute aunque este podía ser excluido. Se ponía a consideración si el padre podría atribuir de su patrimonio alguna cosa en propiedad al hijo, o si en la aplicación de los principios romanos toda adquisición con ayuda del padre tenía que ser necesariamente propiedad de éste.

En el antiguo derecho germánico se reconocía la llamada tutela paterna considerada como una institución, en la cual el padre, administraba a modo de tutor el patrimonio del hijo, y no por esto considerarlo sujeto a las especiales limitaciones y obligaciones de un tutor. (21)

(19).- Enneccerus, Ludwig. Ob. cit. p. 45.

(20).- De Cossio, Alfonso. Ob. cit. p. 480.

(21).- Enneccerus, Ludwig. Ob. cit. 45.

El padre tiene el usufructo del patrimonio del hijo con ciertas excepciones, se consideraba que con el usufructo va paralelamente un derecho del padre a la administración. El padre tiene la administración tutelar del patrimonio del hijo exento de su usufructo, durante la menor edad de aquel. (22)

Poco a poco se va afirmando la idea de comunidad familiar, de donde se sigue la extinción de la patria potestad no supone necesariamente la disolución de esa comunidad, que suele prolongarse aun después de muerto el padre dado el régimen de explotación familiar.(23). Sin embargo podemos observar que la mayoría de los autores coinciden en señalar que la patria potestad se extingue en el derecho germano: por la muerte del padre, por el matrimonio de los hijos, por la emancipación del hijo, lo cual ocurría cuando llegaba el desarrollo físico necesario para servir en el ejército, lo que se verificaba, mediante entrega del hijo ante la asamblea pública, para el servicio de las armas, cuando el hijo adquiría su independencia económica y por consiguiente, ya no necesitaba de los cuidados de la madre, ni de la protección del padre y lo mismo cuando un hijo mayor explota un negocio propio o es investido de un cargo público, aun cuando recibiese ayuda del padre. Asimismo la hija se exime de la patria potestad por el matrimonio, si se casa con el consentimiento del padre, otorgado por éste o suplido por el Juez; sin embargo, mientras la hija es menor y hasta su mayoría, el padre conserva ciertos derechos tutelares. (24).

Consideramos pertinente hacer un estudio más detallado en cuanto a la patria potestad, por lo mismo hablaremos primero de la patria potestad del padre, para después referirnos a la patria potestad de la madre, pues no podemos dejarla en un marco de desigualdad ante la del padre.

(22).- Ibidem, p. 46.

(23).- De Cossio, Alfonso. Ob. cit. p. 480.

(24).- Enneccerus, Ludwig. Ob. cit. p. 46.

a) LA PATRIA POTESTAD DEL PADRE.

La potestad del padre sobre su hijo, le da facultades a éste para ejercer sobre aquel derechos así como cumplir con el deber de cuidar de su persona, observamos el derecho de determinar su nombre y este a su vez comprende el deber de educarlo, de vigilarlo, determinar su residencia. Así como la representación del mismo en asuntos personales.

(25)

En cuanto a sus limitaciones, encontramos que en los asuntos para los cuales se ha designado un curador no compete al padre el cuidado de la persona de el hijo. El derecho de representación está sujeto a los límites generales, está limitado por disposiciones especiales, por analogía del derecho de tutela y puede ser restringido por el Tribunal de Tutelas.

Antes de continuar exponiendo la patria potestad, hay que hacer notar que en el derecho que estamos examinando, el Tribunal de Tutelas coadyuvante con los padres en la patria potestad, representa un papel muy importante, al grado de que los padres no pueden actuar si no es con la autorización de dicho tribunal, y éste, antes de tomar una decisión por la cual se prive o limite al padre, el cuidado de la persona o del patrimonio del hijo, o de disfrute, debe oír primeramente al padre y secundariamente a la madre, y a los parientes a fines, e inclusive al hijo.

El Tribunal de Tutelas se hace necesario en los siguientes casos:

- a) Cuando el bien espiritual o corporal del hijo corre peligro, por el hecho de abusar el padre del derecho a cuidar de la persona del hijo;
- b) Por abandonarlo o por incurrir culpablemente en conducta deshonrosa e inmoral.

Por lo consiguiente, el padre necesita la aprobación del Tribunal de Tutelas para:

(25).- Ibidem.p. 50.

- a) Impugnar el matrimonio del hijo incapaz,
- b) La demanda de divorcio del mismo,
- c) La demanda de supresión de la comunidad conyugal.
- d) La adopción del hijo por un tercero,
- e) La solicitud de exoneración del hijo, de la nacionalidad.
- f) Solicitar la declaración de muerte del hijo. (26)

Ahora bien, el derecho a cuidar y guardar a la persona del hijo, comprende el derecho imprescriptible, de exigir la devolución del hijo, contra cualquiera que lo detenga contra derecho. Esta acción de entrega del hijo contra tercero es manifiesta como un derecho que tiene el padre sobre el hijo reflejándose así en la patria potestad. (27)

En virtud del derecho que tiene el padre de educar a los hijos, éste o sea el padre, puede emplear contra ellos los medios prudenciales de corrección. El padre no puede renunciar a la guarda y custodia, como derecho, que tiene sobre la persona del hijo.

En los casos de omisión o de infracción de los deberes, podrán declararse por el Tribunal de Tutelas, las medidas necesarias, a efecto de que los potestantes cumplan en su integridad con los deberes que tienen para con los potestados.

Normalmente en la vida de ambos cónyuges, el padre ejerce totalmente la patria potestad, correspondiéndole en consecuencia, totalmente el cuidado de la persona del hijo, pero la madre tiene además de éste, el derecho y el deber de cuidar al hijo, así como, también el derecho, de corregirlo. En caso de diversidad de opiniones prevalece la del padre.

El padre tiene también contra la madre el derecho de restitución del hijo, si ésta lo mantiene alejado de aquel, la madre no puede oponerse, ni objetar algo, afirmando que el padre abuse de su derecho al exigir la entrega del hijo.

(26).- Ibid. p. 51.

(27).- Ibid. p. 54.

b) LA PARTICIPACIÓN DE LA MADRE EN LA PATRIA POTESTAD.

En el derecho germánico ha ido imponiéndose la potestad de la madre, que a la muerte del padre pasa a primer plano y excluye el nombramiento de un tutor. En el derecho común a la muerte del padre se tenía que nombrar una tutela, a la que, se consideraba en primer término a la madre.

Si el padre muere, es declarado muerto, o si ha sido privado de la patria potestad y se ha disuelto el matrimonio, ejercerá la madre sola la potestad. Pero por el contrario si el padre vive queda en segundo término la potestad de la madre, limitándose al cuidado de la persona del hijo, por tratarse de una potestad accesorio. Solamente cuando el padre esta impedido en el ejercicio de la potestad, se refuerza la potestad de la madre, convirtiéndose en una potestad substitutiva (*vicepotestad*). En caso de discrepancias de opinión entre los padres, prevalecerá la del padre.

En relación a este punto observamos como la ley ha procurado buscar el equilibrio entre la configuración patriarcal y la individualista de las relaciones familiares, como resultado en cierto modo, dando preferencia a la autoridad del hombre y del padre. No tomándose con ello en consideración la actual situación de la mujer en la profesión y en la vida pública, así como el interés de los hijos mismos. (29). Consideramos un error de la ley el no participar en igual medida al padre y a la madre en el ejercicio de la patria potestad.

c) DURACIÓN DE LA POTESTAD DEL PADRE.

En el derecho germánico encontramos una independencia del hijo, reconociendo que éste sale de la patria potestad cuando se independiza económicamente "*Separatio económica*" y la hija cuando contrae matrimonio.

(28).- Ibid. p. 53.

(29).- Henrich, Lehmann. Ob. cit. p. 306.

d) LIMITACIONES DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad es ilimitada en cuanto a sus fines, y a su facultad de representación, sin embargo encontramos limitaciones en los siguientes casos:

1.- La patria potestad y la facultad de representación no comprenden los asuntos para los que ha sido designado un curador.

2.- El titular de la patria potestad queda excluido de la representación, a consecuencia de oposición de intereses, en los mismos casos en los que, queda excluido el tutor de la representación del menor.

3.- Cuando haya sido reiterada por el Tribunal de Tutelas la facultad de representación para determinadas circunstancias o una serie de ellas. (30).

4.- Por aumento de la capacidad, en virtud de haber sido el menor autorizado por los padres para explotar un negocio o para prestar servicios o trabajar, y siempre que el menor obtenga con ello la plena capacidad de gestión.

5.- A virtud de la prohibición de hacer donaciones del patrimonio del hijo, con excepción de aquellas que correspondan a la obligación social o se hagan teniendo en cuenta el decoro.

6.- A consecuencia de que en determinadas circunstancias de carácter personal solamente puede actuar jurídicamente el hijo con consentimiento del padre, y en algunas circunstancias sin él.

7.- En virtud de que el padre, en una serie de negocios predominantemente de carácter patrimonial, viene obligado a solicitar la aprobación del Tribunal de Tutelas. (31)

(30).- Ibidem. p. 307.

(31).- Ibid. p. 308.

e) CUIDADO DEL PATRIMONIO CORRESPONDIENTE A LA PATRIA POTESTAD.

El derecho y deber de cuidar el patrimonio del hijo, también llamado administración del patrimonio, lo consideramos como todas aquellas medidas de hecho y derecho encaminadas al mantenimiento, inversión y aumento del patrimonio del hijo. Jurídicamente envuelve los negocios de disposición, de obligación y de adquisición, así como la gestión procesal. En relación de la administración tiene el padre el derecho y el deber de representar al hijo en los asuntos propios de la administración, sin que tenga que limitarse a la simple representación inmediata.

Respecto al derecho de administración está facultado también el padre a tomar en posesión las cosas pertenecientes al patrimonio del hijo. (32)

Aunque no podemos dejar de señalar que el padre además de la administración tiene el disfrute, considerándose ambos separadamente, pues es posible que el padre tenga sobre la totalidad del patrimonio la administración, pero no el disfrute alguno o a inversa, es decir si el padre, no tiene derecho de disfrute sufrirá modificaciones esenciales. (33)

Dentro de la administración del padre está sujeto todo el patrimonio del hijo, exceptuándose:

a) Lo que el hijo adquiriera "*mortis causa*" o por atribución patrimonial gratuita de un tercero, si el causante de la herencia por disposición de última voluntad, o el sujeto de la atribución patrimonial "*inter vivos*" al hacerla, hubieran determinado que la adquisición queda excluida del derecho de administración del padre.

b) Lo adquirido por el hijo con su trabajo o mediante la explotación independiente de una industria, estas adquisiciones están sujetas a la administración del padre.

(32).- Ibid. p. 315.

c) Si para la administración de todo o parte del patrimonio del hijo se ha designado un curador, queda excuída la del padre en lo que es objeto de la administración del curador, incluso si no existiera razón jurídica alguna para el nombramiento de un curador.

II EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN RELACIÓN CON LOS BIENES.

El padre tiene el usufructo del patrimonio del hijo con ciertas excepciones. Con el usufructo va paralelamente un derecho del padre a la administración, pero incluso sobre el patrimonio del hijo exento de usufructo a favor del padre, éste tiene la administración tutelar durante la menor edad de aquel.

El derecho de disfrute, se entiende cuando el padre dispone de los ingresos de el patrimonio por derecho propio y según su libre arbitrio. Heinrich Lehman, menciona "éste derecho no es un usufructo en el sentido de derecho real, sino una institución de derecho de familia, que en parte se estructura a semejanza del derecho de usufructo". (34) El derecho de disfrute del padre se extiende, en principio a todo el patrimonio del hijo pero es posible que sobre un objeto el padre tenga derecho de administración o solo derecho de disfrute o ninguno de los dos.

La administración del padre comprende la representación del hijo en los asuntos patrimoniales. El poder de representación del padre está limitado, especialmente en actos que implican gravamen y transmisión de dominio como ya lo habíamos mencionado antes, siempre con previa autorización del Tribunal de Tutelas.(35)

Aunque en general la patria potestad de la madre queda sujeta a iguales normas que las del padre, y en consecuencia también lo que se refiere a suspensión y terminación. Nos referiremos primero a la suspensión de la patria potestad con relación al padre.

(33).- Enneccerus, Ludwig. Ob. cit. p. 63.

(34).- Henrich, Lehmann. Ob. cit. p. 321.

(35).- Enneccerus, Ludwig. Ob. cit. p. 63.

g) IMPEDIMENTO DEL PADRE PARA EJERCER LA PATRIA POTESTAD Y SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

En cuanto al impedimento del padre para ejercer la patria potestad y suspensión de la patria potestad, en el derecho germánico podemos mencionar lo siguiente:

I.- Cuando el padre este impedido de hecho para el ejercicio de la patria potestad, la madre la ejerce mientras dura el matrimonio, con excepción del derecho de disfrute.

Pero "si se ha disuelto el matrimonio así también la madre está impedida en el ejercicio de la patria potestad, o si teniendo esta, estuviera también en suspenso, el Tribunal de Tutelas ha de decretar las medidas que exija el interés del hijo".

II.-Se suspende :

a) Cuando es incapaz de celebrar negocios jurídicos,

b) Cuando está limitado en su capacidad o se le ha designado un curador por causa de enfermedad para su persona y su patrimonio.

c) Cuando por el Tribunal de Tutelas se constata que el padre está impedido de hecho por mucho tiempo para ejercer la patria potestad. En este caso la patria potestad queda en suspenso hasta que el Tribunal de Tutelas constata que ya no existe esa causa. (36)

También observamos que en estos casos la madre durante el matrimonio ejerce la patria potestad, con exclusión del derecho de disfrute. Aunque después de disuelto el matrimonio no se confía automáticamente la patria potestad a la madre.

En cuanto a si la patria potestad está en suspenso, rigen las siguientes normas:

a) El padre no puede ejercer en general, la patria potestad en todas sus funciones;

(36).- Heinrich, Lehmann. Ob. cit. p. 324.

b) pero si el padre está limitado en su capacidad o tiene un curador para su persona y patrimonio, conserva el cuidado de la persona del hijo, junto al representante legal. En caso de divergencia prevalecerá la del representante legal.

c) El padre conserva el derecho de disfrute sobre el patrimonio del hijo.

d) La patria potestad es ejercida por la madre, con exclusión del derecho de disfrute. Si la madre ha fallecido, se nombrará tutor al hijo. Si la madre vive todavía pero esta disuelto el matrimonio con el padre, la madre no ejerce la patria potestad. (37)

h) TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD DEL PADRE.

a) Cuando el hijo es mayor de edad o es declarado como tal.

b) Cuando muere el hijo o es declarado muerto. En éste último caso, la patria potestad sólo termina presuntivamente,

c) Cuando muere el padre, si la madre vive todavía tendrá la plena patria potestad, en otro caso, se nombrará tutor al hijo.

d) Si el padre es declarado muerto, a partir de este momento la patria potestad corresponde a la madre, si ésta vive todavía. (38)

i) PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD AL PADRE.

El padre puede ser privado de la patria potestad cuando por virtud de un crimen cometido contra el hijo o por un delito cometido intencionalmente es condenado a prisión, correccional o presidio por un mínimo de seis meses. (39)

(37).- Enneccerus, Ludwig. Ob.cit. p. 96.

(38).- Ibidem.p. 98.

(39).- Ibid. p.99

La patria potestad se pierde, por una sola causa: si el hijo es adoptado por un tercero. Aunque la adopción puede ser suprimida por un acto jurídico, no por ello se restablece la patria potestad del padre que hubiera dado a su hijo en adopción. (40)

j) TERMINACION DEL CUIDADO DE LA PERSONA DEL HIJO.

Se extingue juntamente con la patria potestad, pero puede terminar o ser privado el padre del mismo con independencia de aquélla:

a) Cuando una hija se casa, el cuidado de su persona se limita a la representación en los asuntos relativos a la persona.

b) Cuando el bien espiritual o corporal del hijo corre peligro por abusar el padre del derecho al cuidado de la persona del hijo, por abandonarlo o por incurrir culpablemente en conducta deshonrosa o inmoral, vendrá obligado el Tribunal de Tutelas a establecer las medidas necesarias, a saber: privar totalmente al padre del cuidado de la persona del hijo o limitarlo a través de la educación forzosa.

c) En caso de disolución del matrimonio determinará el Tribunal de Tutelas a cuál de los cónyuges corresponde el cuidado de la persona del hijo de ambos, si ninguno de los cónyuges ofreciera garantías suficientes para una educación ordenada, está facultado el Tribunal de Tutelas para confiar el cuidado de la persona del hijo a un curador.

j) TERMINACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO.

1.- Termina por la firme declaración de concurso sobre el patrimonio del padre, en éste caso no resurge automáticamente el derecho de administración del padre, pero el Tribunal de Tutelas puede a su libre arbitrio conferírsele de nuevo.

(40).- Ibid. p. 100.

2.- Cuando el padre por su culpa infringe el derecho del hijo a los alimentos y sea de temer en lo futuro un grave peligro para éstos, el Tribunal de Tutelas puede privar al padre de la administración del patrimonio y también de la representación en los asuntos patrimoniales. La privación puede revocarse en todo momento.

3.- Si el padre no cumple las órdenes del Tribunal de Tutelas, dictadas por causa de violación del deber o por concurso del padre, especialmente respecto al inventario, rendición de cuentas, prestación de caución o no cumple los deberes legales que le incumben respecto al inventario y partición después de la muerte de la madre o en caso de contraer ulteriores nupcias, el Tribunal de Tutelas puede privar al padre de la administración del patrimonio, en todo o en parte, pudiendo revocarse la privación en todo momento.

K) TERMINACIÓN DEL DISFRUTE PATERNO.

Termina igualmente con la patria potestad además se extingue, independientemente, en los casos siguientes:

- a) Con el casamiento del hijo, excepción hecha del matrimonio que se contrae sin el indispensable consentimiento paterno.
- b) Por privación del disfrute por causa de infracción de los derechos de alimentos del hijo.
- c) Por renuncia, mediante declaración públicamente legalizada, dirigida al Tribunal de Tutelas.

Si la patria potestad del padre está en suspenso, si termina totalmente o se extingue solamente la administración del patrimonio, vendrá obligado el padre a entregar el patrimonio y a rendir cuentas de su administración al hijo o a la persona llamada a administrar.

l) CASOS EN QUE TIENE LUGAR LA PATRIA POTESTAD POR EL PADRE.

En los casos que en rigor el padre que ha sido declarado muerto, pierde por este hecho toda la patria potestad, pero si vive todavía, puede recobrarla para lo futuro, mediante declaración hecha al Tribunal de Tutelas. Si la declaración de muerte es dejada sin efecto a consecuencia, de una demanda de impugnación, la situación será considerada como si la patria potestad del padre no hubiera terminado. Si el padre recobra la patria potestad obtiene el derecho de cuidar de la persona si se trata de un niño mayor de seis años; en los demás casos posibles compete al cuidado de la persona del hijo a la madre.

Con esto damos por terminada la patria potestad en lo que se refiere al padre, en el derecho que estamos examinando y nos referiremos a continuación a la patria potestad con relación a la madre.

m) CASOS EN QUE TIENE LUGAR LA PATRIA POTESTAD POR LA MADRE.

I.- Aunque el padre goza la patria potestad en toda su extensión y la ejerce sin impedimento, la madre tiene, sin embargo durante el matrimonio y junto al padre, el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo (*potestad accesoria*). Pero la madre no tiene derecho a representar al hijo y en caso de diversidad de opiniones entre los padres, prevalece la del padre. El cuidado de la persona del hijo comprende también aquí el derecho y el deber de educarle, de vigilarlo así como el determinar su residencia.

La madre en virtud, de su derecho para educar al hijo, puede emplear contra el los medios prudentes de corrección. También a ella debe auxiliarle, a su petición, el Tribunal de Tutelas para la aplicación de los medios adecuados de corrección. Asimismo ella puede exigir la entrega del hijo cuando éste se encuentre en compañía de un tercero con la voluntad del padre. (41)

(41).- Ibidem. p. 113.

II.- Si el padre está impedido de hecho en el ejercicio de la patria potestad, por enfermedad grave o por ausencia inevitable o por estar prisionero, la madre ejercerá la patria potestad mientras dure el matrimonio, con excepción del disfrute sobre el patrimonio del hijo.

III.- Si la patria potestad del padre está en suspenso, la madre la ejerce mientras dure el matrimonio con excepción del disfrute sobre el patrimonio del hijo.

IV.- Si el padre ha sido privado de la patria potestad, se dará un tutor al hijo, junto al cual la madre tendrá el cuidado de la persona del hijo de la misma manera en que, en circunstancias normales, lo tiene junto al padre. Si ha sido disuelto el matrimonio entre los padres y el padre ha sido privado de la patria potestad, esta corresponde a la madre, sin necesidad de previa transferencia de la misma por el Tribunal de Tutelas.

V.- Si el padre ha sido privado del cuidado de la persona del hijo, se dará un curador a éste con dicho fin. Junto a él la madre tendrá el cuidado de la persona del hijo de la misma manera en que, en circunstancias normales, lo tiene junto al padre.

VI.- Si el padre ha fallecido, la madre tiene la patria potestad en todos sus elementos.

VII.- Si el padre ha sido declarado muerto, la madre tiene la patria potestad de una manera efectiva y no sólo presuntamente a partir del momento en que se considera que murió el padre.

VIII.- En general la patria potestad de la madre está sujeta a iguales normas que la del padre y en consecuencia también, a lo que se refiere a su suspensión y terminación, se habrá de deducir la consecuencia siguiente: si la madre se encuentra en una situación tal que su propia patria potestad hubiera de suspenderse, no podrá adquirir el derecho al ejercicio de la patria potestad que en sí y por sí le corresponde según lo anterior; y en igual caso tampoco puede exigir que el Tribunal de Tutelas le transfiera el ejercicio de la patria potestad.

n) SUSPENSIÓN Y TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN LA MADRE.

Cuando la patria potestad de la madre está en suspenso, en razón del menor de edad, la madre tiene, sin embargo, el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo, teniendo, por lo tanto, también la llamada potestad accesoria, faltándole únicamente el poder de representación.

- Si la madre es incapaz de celebrar negocios jurídicos, carecerá también de la patria potestad accesoria, en ciertos casos para el ejercicio de la patria potestad el Tribunal de Tutelas tiene que designar a la madre un consejero.(42)

o) EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD DE LA MADRE.

Se extingue cuando el hijo es mayor de edad o es declarado como tal, cuando muere el hijo o es declarado muerto y también si contrae nuevo matrimonio, pero tiene entonces el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo, de igual manera que en el caso de menor edad.

No recobra la patria potestad por la disolución del segundo matrimonio, por muerte de su cónyuge y ni siquiera la recobra cuando su segundo matrimonio es disuelto por divorcio.

p) RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD POR LA MADRE.

En virtud de que no hay ordenamiento expreso, dado que el contenido y ejercicio de la patria potestad por la madre, se aplican en general a los mismos principios que respecto al padre, creemos que la madre puede recobrar la patria potestad en los casos en que el hijo es declarado muerto y posteriormente regresa vivo, así como la madre si ha sido declarada muerta y posteriormente regresa viva.

(42).- Ibidem. p. 121.

En los casos de divorcio los hijos quedan en la siguiente forma:

a).- El cuidado de la persona del hijo, cuando se declara exclusivo a uno de los cónyuges, corresponde al cónyuge inocente, pero el padre conserva el derecho de representar al hijo, aunque sea él la parte culpable.

b).- Si ambos cónyuges han sido declarados culpables el cuidado de los hijos de menos de seis años y el de las hijas corresponde a la madre y el cuidado de los hijos de más de seis años al padre.

El derecho del padre a representar a los hijos queda intacto. El Tribunal de Tutelas, en caso de una situación extraordinaria de la cual resulte peligro para los intereses del hijo, la aplicación de las reglas generales, puede dictar otras normas, esto es, transferir en todo o en parte el cuidado del hijo al otro cónyuge.

Por último creemos importante hacer mención al derecho romano y germano como lo señala Castán Tobeñas pues se consideran dos derechos representativos de dos tendencias diariamente opuestas en orden a la patria potestad. Sin embargo, uno y otro presentan en sus orígenes iguales caracteres. Con referencia al nombre de la institución tuvieron voces semejantes (*manus, munt*). Con referencia a lo ilimitado de la potestad, en Roma encontramos el derecho de vida y muerte, por lo que se refiere a el derecho germánico, no le es extraño. Con referencia a la duración, en Roma la autoridad del padre duraba tanto como su vida, también resulta (aunque este punto ha sido muy discutido, por la vaguedad de las leyes germánicas que con frecuencia, el Jefe doméstico germano continuaba hasta su muerte rigiendo la familia.⁽⁴³⁾)

(43).- Castán, Tobeñas, José, Derecho de Familia, Sexta Edición. Editorial Reus. Madrid, 1944. p. 36.

En el Derecho romano observamos que se fijó prematuramente, la patria potestad y las modificaciones económicas en la organización de la familia, no se manifestaron sino en una época en que el derecho había adquirido ya toda su rigidez. En cambio, en el Derecho germano pudo adoptarse mejor a las realidades de la vida, y su sistema, en definitiva, fue el siguiente: el hijo que continuaba habitando la casa paterna, permanecía bajo la autoridad del padre; el hijo mayor que la abandonaba, se hacía independiente. (44)

Antonio de Ibarrola considera a la patria potestad germánica como "*un grupo reducido*" equiparándolo a un carácter militar. Asimismo señala que esta se parece algo a la romana, al ejercerla solamente el padre, y su poder de corrección es tan fuerte que puede llegar hasta la pena de muerte; considerando que el contacto con los romanos descompuso en cierto modo esta organización de la familia hasta el punto de que, en pueblos germanos se estableció el divorcio. (45)

(44).- Ibidem. p. 37.

(45).- De Ibarrola, Antonio, Derecho de Familia. Editorial, Porrúa. S.A. México, 1978. p. 442.

C. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.

En el Derecho español, se percibe claramente una influencia germánica respecto de la organización de la patria potestad. En este derecho, la influencia del Derecho romano, como es sabido, se ve oscurecida por el Derecho germánico.

Es así como el Derecho español hace referencia a una relación paternofilial de la cual deriva el poder paterno, caracterizada fundamentalmente por los deberes de protección y asistencia que tienen los padres para con sus hijos. Es aquí donde ubicamos a la patria potestad como un principio de autoridad de los padres, que sirve como elemento auxiliar, al poder paterno.

Aunque es sabido que esta denominación en el derecho moderno es ya impropio, porque la institución de que se trata ya no es una potestad absorbente, como la patria potestad romana, sino con una autoridad tuitiva (*que defiende, protege*), y no corresponde exclusivamente al padre, puesto que la ejerce también la madre en determinados casos.

Como lo hemos señalado anteriormente, la historia de ésta Institución nos muestra, un doble proceso, primero de la patria potestad, considerada como poder (*derecho*) a la patria potestad función (*deber*) y segundo de la patria potestad como poder exclusivo del padre a la patria potestad como autoridad conjunta del padre y de la madre (46)

Con relación a lo antes mencionado Colín y Capitán definen a la patria potestad como "el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, en tanto que son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesan sobre ellos" (47). Asimismo De Diego, la conceptualiza como "el deber y derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos".(48)

(46).- Castán, Tobeñas. Ob.cit. p. 36.

(47).- Colín, Capitán. Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo I. Editorial Reus. Madrid. 1922. p. 322.

(48).- De Diego, Clemente. Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Madrid. 1959. p. 656.

No podemos dejar de considerar que siguiendo la tradición del Derecho romano, la patria potestad en el Derecho español antiguo, sólo se concebía en la familia legítima. Durante este periodo, casi desaparece el concepto romano de patria potestad como derecho del pater y se transforma, a través del derecho consuetudinario, en un deber de protección hacia el hijo, desde entonces, empezó a considerarse que la patria potestad tenía su fundamento no en el Derecho positivo, sino en el Derecho natural.

La patria potestad desde la Edad Media, era considerada, no como autoridad, sino como una institución protectora de los menores hijos, muestra de ello es el Derecho Foral Aragonés. En referencia a la tradición aragonesa, un proyecto reciente en materia de familia ha prescindido de denominar a la institución "*patria potestad*" y se habla en cambio del deber "de crianza y educación de los hijos" y de la atribución de la autoridad familiar adecuada para cumplirla. (49)

En el Derecho español los padres carecían de ese derecho de vida o muerte sobre sus hijos que tenía el pater familias de el Derecho romano éste no podía venderlos, tampoco empeñarlos. El matar a un hijo se consideraba un delito capital según el Fuero Juzgo.

Asimismo el Fuero Juzgo contiene pocas disposiciones sobre la materia, realizó una gran reforma a la institución de la patria potestad al concederle el ejercicio de la patria potestad a la madre, claro siempre y cuando el padre falleciera, teniendo la madre esta facultad hasta que los hijos cumplieran 15 años, siempre y cuando la madre quisiera y no contrajera segundas nupcias; podemos observar que el ejercicio de la patria potestad era potestativa para la madre ya que podemos observar que la ley no la obligaba a hacerlo.

Por lo que se refiere al Fuero de Burgos, observamos que, los hijos podían querellarse contra los padres que les maltrataban gravemente y los padres quedaban obligados por las multas en que incidían los hijos.

(49).- Galindo, Garfías. Ob.cit. p. 670.

Recibían, en cambio, los padres la tenencia, posesión y usufructo de todos los bienes y ganancias de sus hijos, cualquiera que fuese el título de su adquisición, bienes que habían de partir con la herencia y sus hermanos.

Por lo que se refiere a las partidas, acogiendo la concepción romana, llegan incluso a conceder al padre el derecho a devorar al hijo si se encontrase con gran necesidad así como venderlo "porque no muera el uno y el otro" al igual introduce la teoría romana de los peculios. Aunque se sienta la regla de que el poder paterno ha de ejercerse con piedad, con moderación y mesura, sancionándose con la pérdida de la patria potestad a quien castigase con crueldad al hijo. (50)

Al referimos al concepto y naturaleza jurídica de la patria potestad consideramos importante hacer referencia que en las legislaciones modernas, la Institución de la patria potestad, se concibe como una potestad familiar, que se le da al padre en beneficio exclusivo de la familia y de los hijos a él sometidos, a quienes se debe protección. Como también nos hallamos aquí ante un poder personalísimo, concedido para el desempeño de su función, y que constituye una fuente de facultades que han de ejercitarse, no en interés de su titular, sino en beneficio de las personas a él sometidas, poder absoluto en el sentido que merece el respeto de todos, que está obligado universalmente a abstenerse de todo acto que lo limite o perturbe.

Por ser un poder personalísimo, no es susceptible de cesión o delegación. Aunque pueda tener además trascendencia patrimonial, en cuanto a afectar los bienes de los hijos, que deriva de un estado familiar.

La titularidad de la patria potestad corresponde al padre y a la madre. Es así como encontramos que las leyes visigodas, revelan ya una acentuada tendencia a reconocer a la madre un lugar al lado del padre. (51)

(50).- Cossio y Corral. Ob. cit. p. 481.

(51).- Ibidem. p. 482.

Castán Tobefías menciona que "en la nueva legislación española se va iniciando la intervención del Estado en el ejercicio de la patria potestad, como lo prueban algunas disposiciones de la Ley de Represión de la Mendicidad de 23 de julio de 1903 y del Decreto Ley de 3 de febrero de 1921, que regula los Tribunales para Niños. La Constitución de la República establece en el párrafo segundo de su art. 43 que el Estado velará por el cumplimiento de los deberes de los padres, de alimentación, asistencia, educación e instrucción de sus hijos y se obliga subsidiariamente a su ejecución". (52)

A) LA PATRIA POTESTAD DE LA MADRE.

En la época de la Reconquista, aparece la potestad materna como coexistente y no con un simple carácter subsidiario, como el que había tenido en las leyes visigodas. En los tiempos modernos reaparece el principio bajo dos aspectos diversos: 1ª La de la patria potestad del padre y subsidiaria de la madre, introducida en España por la Ley del Matrimonio Civil, que ha pasado al Código y 2ª La coparticipación de la madre en el ejercicio de la patria potestad. Consiste este último sistema, el más conforme a las orientaciones modernas, en conceder la patria potestad a la mujer en defecto del padre, y atribuirle además cierta participación de ella, cuando la ejerza éste. (53)

La patria potestad corresponde al padre, y en su defecto, a la madre, comprendiendo, no solo el caso de muerte de éste, sino también los de incapacidad, ausencia, interdicción civil.

Cuando el marido se encontrase prófugo o declarado rebelde en causa criminal, o sí, hallándose absolutamente impedido para la administración, y no hubiere proveído sobre ella, los tribunales deberán conferir a la madre la administración de los bienes de sus hijos.

(52).- Castán, Tobefías. p.37

(53).- Ibidem. p. 38

Asimismo observamos que en la patria potestad del hijo, la madre no esta totalmente excluida, mientras vive el padre y no estando incapacitado. Pues observamos una cierta intervención y coparticipación de la madre, principalmente en la esfera de las relaciones internas de la familia. La alimentación de los hijos, el tenerles en su compañía, la corrección, castigo en el hogar doméstico y la percepción de los frutos. Mas bien encontramos una preferencia del padre por la ley, pues se manifiesta en la representación legal de los hijos.

Es decir, el padre asume por completo la personalidad jurídica de las Leyes, es decir de manera íntegra, sin compartirla con la madre. (54)

La patria potestad se ejerce, sobre los hijos legítimos, los legitimados por subsiguiente matrimonio y concesión soberana, los naturales reconocidos y adoptivos menores de edad, con respecto al padre o madre que los reconoce o adopta.

Se origina la patria potestad, como puede deducirse de lo anterior, por el nacimiento dentro del legítimo matrimonio, reconocimiento de los hijos naturales, legitimación y adopción.

En cuanto al contenido de la patria potestad, observamos derechos y deberes personales así como patrimoniales. Los derechos y deberes personales. Tienen un carácter marcadamente ético, cuando tengan consagración legal, no encuentran a veces sanción adecuada en las leyes. Predomina el carácter ético en la obligación que los hijos tienen de tributar a los padres respeto y reverencia siempre, es decir, bien estén o no bajo su potestad.

Mientras dura ésta, les deben obediencia, consecuencia natural de la autoridad que a los padres les otorgan la naturaleza y la ley; autoridad que sería ilusoria sin ese deber de obediencia. Aunque tienen mayor carácter jurídico los derechos y deberes de convivencia, alimentación, educación, instrucción, corrección y castigo. (55)

(54).- *Ibíd.* p.39.

(55).- Clemente de Diego. *Ob. cit.* p. 662..

Por lo que se refiere a las relaciones patrimoniales las entendemos en su reglamentación jurídica, como una consecuencia o secuela de las personales, porque en efecto, los bienes son siempre para las personas, como medios útiles que son para sus necesidades. (56)

En el Derecho español, encontramos un principio del nuevo derecho, siendo este el reconocimiento de la personalidad del hijo; por tanto puede ser titular de todos los derechos, pues tiene capacidad de derecho, como decíamos en otra ocasión. Más le falta capacidad de acción, y no puede, por tanto, ejercitarlos. Los ejerce en su nombre el padre, a virtud de esa representación de que hablábamos, por el deber de cuidar y asistir y proteger la persona y los bienes del hijo.

Resulta, por consiguiente, que por regla general el hijo es el propietario de lo que adquiera, sea cualquiera el título, y le corresponde la propiedad, más no puede administrarla. La administración es del padre (*de interés público, y es más bien de deber que de derecho*); pero también a éste se le concedió el usufructo, ya sea para compensarle en sacrificios, ya sea para evitarle las contiendas de rendición de cuentas.(57)

Haciendo referencia al igual, al contenido de la patria potestad, Castán Tobeñas, señala que son aquellos efectos con relación a las personas de los hijos, y a su vez, estos los considera como derechos y deberes relativos a la guarda y dirección, a la representación y a la corrección de los hijos.

b) DEBERES Y DERECHOS DE LA PATRIA POTESTAD.

A.- Deberes de guarda y dirección:

a) Deberes de los hijos.- Están éstos obligados a obedecer a sus padres mientras permanezcan en su potestad, a tributarles respeto y reverencia siempre.

(56).- Ibidem. p. 666.

(57).- Ibidem. p. 668.

b) Deberes de los padres.- Están éstos obligados a alimentar a los hijos, tenerlos en su compañía y educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna. (58)

B. Deber de Representación:

a) Es el deber de representar a sus hijos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho, corresponde al padre la representación del hijo, no sólo en el ejercicio de acciones, sino en los actos extrajudiciales.

b) Representación excepcional de los hijos por el defensor, para el caso de que el padre o la madre tengan en algún asunto un interés opuesto al de sus hijos, a cargo de una persona denominada ordinariamente defensor judicial o defensor de menores.

Podemos concluir resumiendo el contenido de esta patria potestad en derechos y facultades, así lo señala Alfonso de Cossio enunciándolos de la siguiente manera:

1.- Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.- Representarlos y administrar sus bienes.

A lo que, con relación a los hijos éstos deberán:

1.- Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su patria potestad y respetarles siempre.

2.- Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella. (59)

(58).- Castán, Tobeñas. Ob. cit. p.48.

(59).- Cossio y Corral. Ob. cit.p. 484.

c) EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD CON RELACIÓN A LOS BIENES DE LOS HIJOS

Dentro de los bienes que pueden constituir el patrimonio de los hijos, derechos que corresponden a éstos y a los padres en cada uno de ellos, podemos mencionar;

a) Bienes adquiridos con caudal de los padres, que éstos hayan puesto bajo la administración del hijo. Viniendo a substituir el antiguo peculio profecticio. Los hijos tienen sobre tales bienes únicamente la administración precaria que les hayan concedido sus padres (*de los cuales son verdaderos mandatarios*); y los padres conservan la propiedad y el usufructo del caudal y de todos sus rendimientos, a no ser que cedan expresamente al hijo el todo o parte de las ganancias que obtengan.

b) Bienes adquiridos por el hijo con su trabajo o industria, o por cualquier título oneroso o lucrativo.- Son los equivalentes al antiguo peculio adventicio. Corresponde la propiedad de los mismos al hijo, por regla general, la administración y el usufructo al padre o madre que ejerza la patria potestad. Aunque esta regla tiene sus excepciones. (60)

Con referencia a la sustitución del poder paterno, podemos señalar todos aquellos en que dicho poder pasa de un padre a otro, siendo éstos los siguientes:

1.- Cuando muere el padre. Al morir éste, pasa el ejercicio de la patria potestad a la madre, que puede perderla en caso de segundas u ulteriores nupcias.

2.- En los casos de ausencia, incapacidad e interdicción civil del padre. En ausencia, el ejercicio de la patria potestad pasa a la madre. En referencia a la interdicción la mujer del penado ejerce la patria potestad sobre los hijos comunes mientras dure la interdicción.

(60).- Castán, Tobeñas. Ob. cit. p. 48

3.- Aquellos casos en que el padre, sin estar ausente, se halle impedido de hecho, en los cuales habrá de ejercitar subsidiariamente el poder paterno, la madre mientras dure la imposibilidad, en los términos que ya vimos en el tema anterior.

4.- Los de pérdida o suspensión de la patria potestad por el padre a virtud, de condena, a que se refieren los casos de divorcio, la sustitución de la patria potestad, está subordinada a lo que la sentencia acuerde acerca de la respectiva culpabilidad de los padres. (61)

b) SUSPENSION DEL PODER PATERNO

Pasemos ahora a estudiar la suspensión del poder paterno en relación a la patria potestad, considerando las siguientes:

- 1.- La incapacidad del padre o en su caso, de la madre, declarada judicialmente.
- 2.- La ausencia declarada judicialmente.
- 3.- La interdicción civil.
- 4.- La dureza excesiva en el trato de los hijos, o las órdenes, consejos y ejemplos corruptores, en el caso de que sean apreciados por los tribunales como causas de suspensión y no de pérdida definitiva de la patria potestad.

En las modernas leyes complementarias del Código, menciona Castán Tobeñas, se amplía y desenvuelve la doctrina de que nos ocupamos. Así la ley de 23 de julio de 1903, establece, entre otras penalidades para los padres que abandonan a sus hijos a los dediquen a la mendicidad, la de suspensión del derecho de la patria potestad, y el Decreto de 30 de junio de 1931, con cede competencia a los mismos para entender de la suspensión de la patria potestad en los casos a que se refiere el Código Penal y en los del Código Civil, tratándose de menores de 16 años.

(61).- Ibidem, p. 55.

e) EXTINCIÓN DEL PODER PATERNO.

Castán Tobeñas señala que pueden clasificarse los modos de terminar la patria potestad en :

- a) Absolutos. b) Relativos.

Los absolutos implican causas de extinción propiamente dicha, los relativos, son más bien causas de pérdida de la patria potestad.

A.- Absolutos:

- 1.- Muerte de los dos padres. La de uno solo de ellos no extingue la patria potestad, pues la ejerce el superviviente.
- 2.- Muerte del hijo.
- 3.- Emancipación del hijo, en cualquiera de las formas (*o sea el matrimonio del menor*), la mayoría de edad y la concesión del padre o la madre que ejerza la patria potestad.
- 4.- Adopción del mismo por otra persona. (62)

B. Modos relativos.

- a) Extrajudiciales. b) Judiciales.

Extrajudiciales.- Las segundas u ulteriores nupcias de la viuda. Al respecto observamos que la madre que pase a segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos, a no ser que el marido difunto, padre de éstos, hubiera previsto expresamente en su testamento que su viuda contrajera matrimonio y ordenado que en tal caso, conservase y ejerciere la patria potestad sobre sus hijos.

(62).- Ibidem. p.56.

Judiciales.- 1.- La sentencia firme en causa criminal en que se imponga como pena la privación de la patria potestad. Esta puede tener lugar en el caso de que el padre o la madre consientan la prostitución o corrupción de su hijo o hija. 2.- La sentencia firme de divorcio en que se declare perdida la patria potestad mientras duren los efectos de aquella. (*Art. 169 del Código Civil y Ley de Divorcio, Art. 16*). 3.- La sentencia en juicio especial, en el caso de que los padres traten a los hijos con excesiva dureza, o en el que les den órdenes, consejos o ejemplos corruptores.

Por lo que se refiere a la recuperación de la patria potestad, Castán Tobeñas (63), señala los siguientes casos en que opera la recuperación e la patria potestad:

1º.- El de la disolución del segundo o ulterior matrimonio de la madre, por muerte del marido, que hace a aquella recobrar la patria potestad sobre sus hijos no emancipados.

2º.- Todos los demás casos en los que el padre o la madre recobran la patria potestad sobre sus hijos no emancipados, por haber cesado antes de serlo las causas que produjeron la pérdida o suspensión de aquella.

3º.- El regreso del padre o madre ausentes.

4º.- La desaparición de la incapacidad de los mismos.

5º.- La revocación del decreto judicial y,

6.- La reconciliación de los cónyuges en el divorcio.

Y en general cuando las causas que produjeron la pérdida o suspensión de la patria potestad, cesan, es decir si muere el adoptante, el padre o la madre recobrarán la patria potestad.

(63).- Ibidem. p. 57.

D.-LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO FRANCÉS.

En las regiones de Francia en donde regía el derecho escrito, se aceptó en casi todos sus lineamientos la patria potestad, tal y como fue conocida en Roma, aunque había ciertas diferencias, ya que únicamente la patria potestad existía hasta que se cumpliera la mayoría de edad y también se podía obligar a los padres a emancipar al hijo, cuando éstos lo trataran con crueldad, le negasen alimento al menor, o lo indujesen al mal. (64)

La autoridad paterna se ejercita únicamente en interés del hijo y no del padre el que tenía limitados sus atributos porque el menor quedaba fuera de su autoridad cuando alcanzara la mayoría de edad o fuese emancipado expresamente o por medio del matrimonio. A la muerte de alguno de los padres, ya que ambos ejercían la autoridad se abría la tutela a favor del padre sobreviviente. En este régimen no se conocía el derecho al usufructo de los bienes del menor porque a éste siempre le pertenecían con exclusividad su patrimonio, por ese motivo tales acepciones se podían considerar como derivadas de la patria potestad.

Por lo que se refiere al concepto de patria potestad, Marcel Planiol (65) nos dice: "La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales"

Planiol menciona que no debemos perder de vista que estos derechos y facultades, únicamente se conceden a los padres, como consecuencia de las pesadas obligaciones que tienen que cumplir; entendiendo así que sólo existe la patria potestad porque hay obligaciones numerosas a cargo del padre y de la madre, las cuales se resumen en una sola frase: la educación del hijo.

(64).- Colín y Capitant. Ob. cit. p. 19.

(65).- Planiol Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial Cajica, S.A. Puebla, México. 1983. p. 251.

Dentro de las observaciones que realiza a la patria potestad como expresión, señala que nunca ha sido exacta en el Derecho francés y ahora menos que nunca señalando que lo que corresponde a los padres es realmente una tutela, es decir una carga, que una potestad (*potestas*). Además, que esta potestad no pertenece únicamente al padre como la "*patria potestad*" romana; también corresponde a la madre quien la ejercita a falta de aquél. (66)

Por lo que se refiere a las personas que ejercen la patria potestad, Carbonnier menciona que la determinación de los titulares de la autoridad paterna varía con arreglo a diversos criterios, en especial los concernientes a la naturaleza de la relación paternofilial. En primer término, es conveniente examinar una hipótesis típica; la de la familia "*stricto sensu*", o sea la familia legítima donde el padre y la madre viven unidos por un vínculo matrimonial que pertenece intacto y se hallan en condiciones de ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones, por lo tanto las diversas situaciones irregulares se configuran a partir de este supuesto normal (67)

Dentro de la familia legítima en la que viven ambos progenitores, dotados de plena capacidad y ligados entre sí por el vínculo matrimonial, encontramos a la autoridad paterna la cual se atribuye conjuntamente a los padres (*por lo que cabría denominarla, con más propiedad, autoridad paternal*), si bien la titularidad de la madre perdura en estado latente debido a que el padre absorbe el ejercicio de la misma.

Por lo que se refiere a los derechos de la madre encontramos que son virtuales respecto a la mayoría de las decisiones sujetas al ejercicio de la autoridad paterna, en el sentido de que el padre ha de consultar a la madre, aunque quede a salvo su facultad decisoria en caso de desacuerdo. En cuanto a las decisiones excepcionales referentes a la persona del hijo menor (*adopción, matrimonio*) los derechos de la madre son efectivos ya que esta llamada a decidir en igualdad de condiciones, con el padre.

(66).- Ibidem. p. 252

(67).- Carbonnier, Jean. Derecho Civil, Tomo I. Segunda Edición. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1960. p.475

Por lo que se refiere a los derechos de los abuelos, éstos ostentan cierto reflejo de la autoridad paterna, aunque en una posición secundaria respecto de los padres. La jurisprudencia les reconoce un derecho de visita y de mantenimiento de correspondencia con sus nietos. (68)

a) TRANSMISIÓN DE LA PATRIA POTESTAD A LA MADRE.

Aquí se precisa que a falta de padre corresponde a la madre el ejercicio de la patria potestad, los casos en que la encontramos son los siguientes:

1.- Muerte del padre.- En este caso a la madre corresponde por sí sola y para el futuro, el ejercicio de la patria potestad, no pudiendo el padre afectar en su testamento esta autoridad.

2.- Pérdida de la patria potestad.- La pérdida de la patria potestad por el padre producía el mismo efecto que la defunción.

3.- Cuando el padre no se halle en estado de ejercitar sus derechos. Puede esto acontecer como consecuencia de la locura o de la ausencia. (69)

a) HIJOS SUJETOS A LA AUTORIDAD PATERNA.

Quedan sometidos a la autoridad paterna únicamente los hijos menores y no emancipados y adscritos a determinada relación de filiación.

a) Es necesario que el hijo sea menor de edad.

(68).- Ibidem. p. 476.-

(69).- Planiol Marcel. Ob. cit. 257.

b) Es preciso que el hijo no haya sido emancipado, ya que ésta se entiende como una cesación anticipada de la autoridad paterna, y al mismo tiempo supone la concesión al hijo de su "*status*" de capacidad media.

Carbonnier señala que aparte de la emancipación "*Ex lege*" existen otros tipos como son:

- 1.- Emancipación por matrimonio.
- 2.- Emancipación por concesión del padre o de la madre que ejerza la patria potestad.
- 3.- Emancipación peculiar.
- 4.- Habilitación de edad de los pupilos.
- 5.- Emancipación por concesión de la patria potestad.
- 6.- Emancipación por segundas nupcias. (70)

b) DERECHOS Y DEBERES DE LOS PADRES.

Las prerrogativas conferidas a los padres se conciben en interés del hijo, encerrando más deberes que derechos, Carbonnier menciona que el conjunto de la institución afecta, sin embargo, la forma de una relación de autoridad, cuyos sujetos no se encuentran en pie de igualdad pues al poder de mando del padre (*o de la madre*) corresponde un deber de obediencia por parte del hijo. Asimismo hace mención que la relación de autoridad que media entre padres e hijos menores, reviste tres aspectos fundamentales, a saber: guarda o custodia, educación y corrección.

En relación a lo antes expuesto Marcel Planiol señala entre las obligaciones de los padres: el cuidado de dirigir la educación del hijo, de normar su conducta, de formar su carácter e ideas, considerándola como la parte esencial de la misión que los padres deben satisfacer.

(70).- Carbonnier. Ob. cit. p. 475.

Por lo que se refiere a la guarda y vigilancia del hijo, estas las entendemos como el derecho de que habite el hijo en la casa de los padres. Es decir el padre, guardián de su hijo, puede, por tanto, obligarlo a que habite con él, y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza pública. (71)

El derecho de guarda o custodia, Carbonier (72) lo conceptualiza como "la facultad que los padres tienen de conservar el hijo junto a sí, de regular sus relaciones con los demás (excepción hecha del derecho de visita reconocido a los parientes próximos y especialmente a los abuelos).

La educación es, a la vez, un derecho y un deber para con los padres quienes están llamados a dirigir y supervisar el progreso del hijo.

a) El derecho de educación comporta algunos aspectos un tanto delicados, a cuya regulación se sustrae el Derecho, especialmente la religión del hijo. También se incluye dentro del derecho de educación, la elección profesional, es decir, el contrato de aprendizaje y el contrato de trabajo del menor son celebrados por el padre.

b) El deber de educación, es impuesto por el Estado a los padres bajo la modalidad de una obligación escolar. (73)

El derecho de corrección del hijo, viene a configurar como la sanción de las prerrogativas de la autoridad paterna. El sostenimiento del hijo comprende gastos de toda clase; de alimentación, vestido, casa, gastos de enfermedad, etc. así como los gastos de educación, ya antes mencionados.

Por lo que se refiere a los atributos relativos al patrimonio del menor se reducen a dos; administración legal y usufructo legal.

(71).- Planiol Marcel. Ob. cit. p. 262.

(72).- Carbonnier. Ob. cit. p. 481.

(73).- Ibidem. p. 482.

Se llama Administración legal, según Planiol (74) "a la facultad de administrar los bienes del hijo, cuando los tiene, siendo confiada esta facultad por la ley al padre". La atribución de ésta es exclusiva de los padres legítimos. En cuanto al usufructo legal, su ámbito de aplicación se delimita a tres vertientes:

- a) En cuanto al titular del usufructo legal.
- b) Por lo que hace a los bienes, este usufructo recae en principio sobre todo el patrimonio del hijo por tratarse de un derecho de disfrute a título universal.
- c) En cuanto a la duración de este derecho ha de observarse que su extinción puede proceder, por muerte del usufructuario, abuso en el ejercicio del derecho, renuncia del usufructuario. (75)

c) EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD CON RELACIÓN A LOS BIENES.

Anteriormente dijimos que al derecho de usufructo legal corresponde el deber de administración, pues bien, la administración legal autoriza al padre para presentar al hijo, y en general, el padre esta obligado a administrar todos los bienes del hijo, pero para ejercitar actos de dominio respecto de los muebles preciosos e inmuebles, necesita la autorización del tribunal. Sin embargo, la legislación francesa da derecho al padre a recibir los frutos de los bienes de los hijos menores de dieciocho años, sin que el padre este obligado a rendir cuentas.

El usufructo legal recae sobre todos los bienes del hijo, sin embargo, la ley establece excepciones en las cuales ciertos bienes no entran a formar parte del usufructo paterno, como son los bienes adquiridos por el trabajo propio del hijo, y los bienes donados o legados, con la condición expresa del donado de excluir a los padres del usufructo de esos bienes.

(74).- Planiol Marcel. Ob.cit. p. 282.

(75).- Carbonnier. Ob. cit. p. 493.

El usufructo legal termina en caso de que el padre haya dado causa al divorcio, o si el padre muere o es privado de la patria potestad, entonces dicho usufructo pasa a la madre.

d) CAUSAS POR LAS CUALES LA PATRIA POTESTAD SE PIERDE.

- 1.- muerte del hijo.
- 2.- emancipación del hijo.
- 3.- adopción y
- 4.- caducidad.

Respecto a las tres primeras hipótesis, creemos que no necesitan mayor explicación, ya que con la muerte del hijo, al no existir físicamente el potestado, la patria potestad se extingue definitivamente; en el segundo caso, o sea cuando el hijo se emancipa o llega a la mayoría de edad, la patria potestad se extingue por disposición expresa. Al respecto el Código Civil Francés dice "El hijo permanece sometido a la autoridad de sus padres hasta su mayor edad o emancipación". De acuerdo a la cuarta hipótesis, que origina la pérdida de la patria potestad, o sea la caducidad, presenta modalidades especiales. Collin y Capitánt (76) nos dicen que la potestad sobre el hijo debe serles quitada a los padres indignos de conservarla o ineptos para ejercitarla y confiada a otros miembros de la familia.

La jurisprudencia francesa a este respecto, resumiendo las costumbres, la tradición histórica y la utilidad social, ha instituido una facultad de caducidad parcial de la patria potestad que recae sobre el derecho de guarda y educación.

En cuanto a la ley, esta ha establecido para ciertos casos la caducidad de la patria potestad, esta caducidad es declarada por textos de carácter penal, en los casos de infracción cometidos bien sea por el hijo, o bien sea por los padres. En cada una de esta hipótesis se procede de distinta manera, a saber:

(76).- Collin y Capitánt. p. 50.

a) Si la infracción es cometida por el hijo y éste no ha alcanzado la edad penal- 18- años el juez decidirá si el hijo ha obrado o no con discernimiento si se considera que no ha obrado con discernimiento debe absolverlo, pero si lo juzga oportuno no lo devuelve a su familia, sino que lo manda a una institución correccional durante el período que el juez determine, y que puede llegar hasta que el infractor cumpla 21 años, pero nunca más allá.

b) Si la infracción es cometida por los padres, es necesario estudiar primero, si no se encontraban en estado de interdicción, ya que no solamente se suspende durante el cumplimiento de la condena, el ejercicio de la patria potestad. Esta suspensión recae sobre la totalidad de la patria potestad.

La Ley de 1889 estableció dos especies de causas de caducidad. Unas de pleno derecho que privan a los padres indignos de la patria potestad; otras autorizan simplemente a los tribunales a privarlos de ella por sentencia; por tanto, la caducidad es legal o judicial. En estos diferentes casos, los hechos relevados contra los padres se han considerado tan graves, que el legislador pronuncia de oficio la caducidad, sin encomendar esta misión al juez que los condene.

1.- Las condenas que implican caducidad de pleno derecho son las siguientes:

- 1º Toda condena por excitación habitual de su propio hijo al libertinaje.
- 2º Condena por excitación habitual de los menores al libertinaje.
- 3º Toda condena por crimen, cometido contra la persona del hijo.
- 4º La segunda condena por un delito, cometido contra la persona del hijo.
- 5º Toda condena por crimen cometido en participación con el hijo.
- 6º La segunda condena por delito cometido en participación con el hijo.

2.- La caducidad facultativa decretada por el tribunal represivo son los siguientes:

1º Condena en razón de un crimen.

2º Segunda condena por secuestro, supresión, exposición o abandono de hijos o por vagabundeo.

3º Segunda condena por embriaguez pública

4º Toda condena por aplicación de la ley del 7 de diciembre de 1874 (*profesiones ambulantes*)

5º Primera condena por excitación habitual de menores al libertinaje. La segunda implicará la caducidad de pleno derecho, si los jueces no han usado de sus facultades después de la primera.

6º Envío del hijo a una casa de corrección .

7º Condena por delito de abandono de familia en virtud de la ley del 7 de febrero de 1924.

(77)

La caducidad facultativa decretada por el Tribunal Civil.- la ley de 1889 contiene una última disposición, cuyo texto fue reformado por la ley del 15 de noviembre de 1921, con el fin de prolongar su alcance de aplicación. Puede decretarse la caducidad, independientemente de toda condena, cuando los padres, por su embriaguez habitual, su mala conducta notoria y escandalosa, por malos tratos, por falta de cuidados, o por falta de dirección, comprometen ya sea la salud, la seguridad, o la moralidad de sus hijos. La caducidad es decretada por el Tribunal Civil a promoción del Ministerio Público o de un pariente del menor desde el grado de primo hermano.(78)

(77).- Planiol, Marcel, Ob. cit. p. 295.

(78).- Ibidem. Ob. cit. p. 297.

e) TRANSMISIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Podemos observar que cuando la caducidad total se decreta contra el padre, y viva aún la madre, no produce como consecuencia necesaria la transmisión de la patria potestad a ésta. La Ley reserva a los tribunales el derecho de decidir, en interés del hijo, si la madre ejercerá o no sus derechos sobre él. Cuando se niega la transmisión, se abre la tutela; si se concede, comprende tanto a los hijos por nacer como a los ya nacidos.

Asimismo la Ley ha previsto el caso en que el padre, privado de su potestad, contraiga un nuevo matrimonio, del cual nazcan uno o varios hijos, reserva entonces a la segunda mujer, el derecho de solicitar se le atribuya sobre sus hijos la patria potestad, que el padre no puede ejercitar. (79)

f) RESTITUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

La caducidad de la patria potestad no es irremediable para demandar de los tribunales la restitución de su ejercicio, estando el procedimiento reglamentado.

Cuando la caducidad que los afectó resultaba de una condena penal, sólo se les concede la acción de restitución en tanto cuanto hayan obtenido su rehabilitación, beneficio que borra los efectos de la condena y el recuerdo mismo de la infracción.

Cuando la caducidad ha sido decretada por el Tribunal Civil, sin que los padres hayan incurrido en una condena penal, la acción sólo puede ejercitarse tres años después de haber causado ejecutoria la sentencia que decretó su caducidad. (80)

(79).- Ibidem. Ob.cit. p. 299.

(80).- Ibidem. Ob.cit. p.300.

CAPITULO II

DOCTRINA Y DIVERSOS CRITERIOS SOBRE LA PATRIA POTESTAD.

I.-NATURALEZA JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad está constituida por un conjunto de poderes, con la finalidad de darles a sus titulares la posibilidad de cumplir con los deberes que les conciernen respecto de los hijos. Observamos que la potestad y el deber en ésta no se encuentra como ocurre en otras figuras jurídicas, en una situación de oposición, pues no corresponde el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder, se ha conferido para el cumplimiento de un deber.

Es interesante observar, que la doctrina no se refiere siempre aquí a un derecho; correspondiente al deber, esto es, a un derecho del hijo; sino, por el contrario, al derecho del mismo progenitor, aquella coincidencia de derecho y deber, que hemos visto es característica de las relaciones de derecho público. Y hemos visto, que la misma, se realiza por la preeminencia que en la relación tiene, frente a la voluntad, el momento de la finalidad; de manera que el imperativo jurídico, en lugar de plantearse en los términos "si quiere alcanzarse este fin deben observarse estas normas", se plantea en cambio en estos otros: debe alcanzarse este fin, observando estas normas. (81).

(81).- Galindo Garffas, Ignacio. Ob. cit. pág. 673.

Por lo que se refiere al logro de las finalidades propuestas, existe evidentemente el interés de los padres, y el interés general del grupo social, debiendo coincidir. En la naturaleza jurídica de la patria potestad encontramos que si bien es un cargo de derecho privado se ejerce en interés público.⁽⁸²⁾

Galindo Garfías hace referencia a la naturaleza de la patria potestad, desde un punto de vista interno y externo. En cuanto al interno, ubica a la patria potestad organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores, estando primordialmente constituida por un conjunto de deberes, alrededor de los cuales y en razón de los mismos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes la ejercen un conjunto de facultades.

Por lo que se refiere al externo, 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.

Siendo la patria potestad un derecho subjetivo, la patria potestad es de ejercicio obligatorio y en este respecto, encontramos una coincidencia o semejanza con ciertos derechos subjetivos públicos.

No existe libertad del titular de la patria potestad para ejercerla o dejar ese cargo. Sobre los progenitores recae, esa función y no están en posibilidad de renunciar a su ejercicio. Asimismo el padre y la madre en lo que se refiere a la idoneidad, a la manera y oportunidad de los medios empleados para llenar esa función en lo que, se refiere a los efectos de la patria potestad sobre la persona del hijo.⁽⁸³⁾

(82).- Cicu, Antonio. El Derecho de Familia, Sexta Edición. Ediar, Buenos Aires. pág. 128.

(83).- Galindo Garfías, Ignacio. Ob.cit. p. 128.

En cuanto a los poderes que atribuye la patria potestad, Galindo Garfias dice al respecto, que deben ejercerse, siempre en favor del hijo, pues no se han creado en interés de las personas que ejercen la función, 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.(84)

En el Derecho objetivo, al conferir un ámbito de libertad, al titular de la patria potestad ha procedido en una manera diferente a como ha organizado a la tutela como una institución protectora de los menores de edad incapacitados. En la patria potestad la garantía del cumplimiento de esa importante función descansa en los lazos de afecto, que se encuentran en el progenitor para formar y educar a los hijos; en tanto que en la tutela, el eficaz cumplimiento de las obligaciones que pasen sobre el tutor, descansa en una regulación jurídica más estricta, más acuciosa y una más compleja organización.

Consideramos importante referirnos a la naturaleza jurídica de la patria potestad en el Derecho romano, por ser considerado en éste como el punto de partida para el estudio de el origen de la patria potestad.

En el Derecho romano la naturaleza jurídica de la patria potestad nos dice Rene Foiget, no era un poder protector, sino que únicamente favorecía a quienes la ejercían teniendo todos los derechos de su parte y todas las obligaciones a cargo de los que estaban sometidos a ella. La Institución se había organizado en interés de la familia que debería tener un solo jefe provisto de plenos poderes para la salvaguarda de los intereses del grupo y detrás del interés del grupo estaba el del Estado, teniéndose en cada familia como una escuela de disciplina y respeto que formaba al ciudadano romano y lo preparaba para la vida pública. (85).

(84).- Ibidem. p. 674.

(85).- Foignet, Rene, Manual Elemental de Derecho Romano. Ed.Cajica.p.44.

Las consecuencias de esta forma potestatal eran que la patria potestad era perpetua, se ejerce únicamente por el padre, por el varón paterfamilias, pero nunca era ejercido por la mujer, pues era el caso que el varón desde la cuna podía ser paterfamilias, si es que al nacer perdía a su pater, esta situación implicaba sobre todo la idea de paternidad, pues como se ha mencionado, bajo la potestad del paterfamilias quedaban todos hasta, los esclavos que formaban parte de la familia.

En el Derecho germánico podemos considerar dentro de la naturaleza jurídica de la patria potestad, el sometimiento de todos los miembros de la comunidad doméstica, así como el carácter protector. El padre era el responsable de todos los actos de las personas sometidas a su potestad, pues él era el único que tiene personalidad frente a la comunidad. (86). Observamos a diferencia del Derecho romano en el que la patria potestad sólo favorecía a quienes la ejercían teniendo todos los derechos de su parte y todas las obligaciones a cargo de los que estaban sometidos a ella. Aquí la potestad del padre sobre su hijo, le da facultades, a éste para ejercer sobre aquel derechos así como cumplir con el deber de cuidar de su persona, comprendiendo el derecho de educarlo, de vigilarlo y determinar su residencia, es decir, observamos que ésta patria potestad favorece, tanto a quien la ejerce como al que se encuentra sometido. (87).

En el Derecho español hace referencia a una relación paternofilial de la cual deriva el poder paterno, caracterizada fundamentalmente por los deberes de protección y asistencia que tienen los padres para con sus hijos, la patria potestad también se ve como un principio de autoridad de los padres, que sirve como elemento auxiliar al poder paterno. (88).

(86).-De Cossio y Corral. Ob.cit. p. 480.

(87).-Enneccerus, Ludwig. Ob.cit. p. 46.

(88).- Castán, Tobeñas. Ob.cit. p. 36.

En Francia, la autoridad paterna se ejercía únicamente en interés del hijo y no del padre, el que tenía limitados sus atributos porque el menor quedaba fuera de su autoridad cuando alcanzará la mayoría de edad. Barbero al hacer referencia a la naturaleza y titularidad de la patria potestad, nos dice: "Los poderes de los progenitores sobre los hijos se compendian en la institución de la *"patria potestad"*. La patria potestad pertenece a la categoría del *"poder jurídico"*, y es uno de los llamados *"derechos-deberes"*, equipamiento de un *"oficio"*, del cual son titulares los dos progenitores, sujeto a los hijos menores no emancipados y hasta los hijos por nacer, dentro del ámbito en que ello sea posible, esto es con relación a los hijos. En relación a los terceros, es un derecho subjetivo. (89).

Nosotros coincidimos con, Ruiz Serramalera al decir que la naturaleza de la patria potestad según su estructura moderna, constituye una función impuesta y exigida por el derecho a los padres para la protección, defensa y formación integral de los hijos menores de edad. Por lo que se refiere a su función jurídica y social, la patria potestad está organizada en una serie de poderes para el buen desempeño de su misión, pero caracterizados por una configuración especial, en la que esos mismos poderes confunden y mezclan con las obligaciones, formando un conjunto, que tiene como finalidad lograr el cumplimiento de la función básica que se le atribuye.

La relación paterno-filial se caracteriza por los deberes de protección, asistencia y representación que se exige a los padres en relación con sus hijos.(90). Pero para conseguir estas finalidades se necesita, complementar aquellas obligaciones con unas posibilidades de actuación o poderes que se tienen que conceder a los padres como elementos auxiliares de ese contenido principal.

(89).- Barbero Domenico, Sistema de Derecho Privado, Tomo II (Derecho Familia) Ediciones Jurídicas, Europa - América, Sexta Edición. Buenos Aires, 1967.p. 149.

(90).- Ruiz Serramalera, Ricardo, Derecho de Familia (el matrimonio, la filiación y tutela) Madrid- 1988, p. 365.

Podemos mencionar que en las legislaciones modernas, la institución se concibe como una potestad familiar, concedida al padre en beneficio exclusivo de la familia y de los hijos a él sometidos, a quien se debe protección. Alfonso de Cossio (91) dice: "nos hallamos aquí ante un poder personalísimo, concedido para el desempeño de una función, y que constituye una fuente de facultades que han de ejercitarse no en interés de su titular, sino en beneficio de las personas a él sometidas, poder absoluto en el sentido de que merece el respeto de todos, que está obligado universalmente a abstenerse de todo acto que lo limite o perturbe.

Por ser un poder personalísimo no es susceptible de cesión o de delegación, este poder es de carácter personal, aunque pueda llegar a tener además transcendencia patrimonial, en cuanto afecta a los bienes de los hijos, que deriva de un estado familiar. La patria potestad en su conjunto, no puede ser considerada, desde luego, como un derecho subjetivo o como una suma de poderes unitarios que su titular puede utilizar a su arbitrio, sino como una situación jurídica que tiene un contenido muy particular, dirigido al cumplimiento de una pluralidad de funciones concretas, en el que si alguna de las facultades que se conceden a los padres puede alcanzar la categoría de derecho subjetivo, siempre se encuentra matizado por su origen especial y su destino particular. (92).

II.- LA PATRIA POTESTAD COMO UNA INSTITUCIÓN.

Esta institución es una de las más antiguas en el derecho, pero bien es cierto que en la antigüedad no se conoció ni se reglamentó como actualmente se hace, como consecuencia del transcurso del tiempo se ve la necesidad imperiosa y constante de

(91).- De Cossio y Corral. Ob.cit. p. 482.

(92).- Ruiz, Serramalera, Ricardo. Ob.cit. p. 367.

estar modificando las normas que la regulan por las condiciones sociales que imperan en un lugar y tiempo determinado, por lo que el legislador se ve obligado ya a tratar nuevos supuestos en que anteriormente no se había detenido y no se hacía patente, su reglamentación, o bien a modificar los preceptos ya elaborados por ser éstos, inadecuados para el sistema de vida de determinada región.

La institución de la patria potestad en Roma la encontramos originalmente con un carácter absoluto, cuyo poder no se diferenciaba, realmente, del ejercido sobre los esclavos, sobre la mujer sujeta por la *conventio in manus*, y sobre las personas *alieni juris* que le fueron entregadas mediante una *mancipatio*, pero, en virtud de una evolución lenta, pero no interrumpida, fue perdiendo el carácter despótico que primitivamente tuvo para convertirse en una institución tuitiva, destinada a la protección de los menores sujetos a ella.⁽⁹³⁾

Dentro de la familia, observamos que se dan relaciones jurídicas y estas a su vez generan derechos y obligaciones, entonces podemos decir, que la patria potestad como institución se caracteriza, por esas relaciones jurídicas, que a su vez dan origen a los derechos y obligaciones de la patria potestad.

Podemos concretizar diciendo que el ejercicio de la patria potestad produce, en su calidad de institución jurídica, derechos y obligaciones. Entre los principales enumeramos los siguientes:

a) Guarda ó facultad de corregir a los sujetos a ella; b) derecho a administrar los bienes de los que están sujetos a dicho ejercicio y percibir la mitad del usufructo, cuando esos bienes no hayan sido adquiridos por el trabajo; c) obligación de educar convenientemente a los descendientes; d) obligación de éstos de honrar y respetar a

(93).- De Pina, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Editorial, Porrúa, S.A. México, 1980. p. 336.

quienes la ejerzan; e) obligación de los sujetos a ella a vivir al lado de los ascendientes, a menos que éstos o la autoridad judicial permitan que se separen del domicilio de aquéllos. (94)

Heinrich Lehman, menciona que en la institución de la patria potestad debe tenerse presente la importancia de poder distinguir las relaciones jurídicas que reglamentan los vínculos entre padres e hijos, con independencia de la necesidad de protección de los menores. Pues derivan, en parte, del hecho de la concepción y de la descendencia; en parte son también consecuencia de la comunidad doméstica; afectan también al ámbito de la personalidad, teniendo un significado, finalmente, económico. (95).

A. LOS DERECHOS QUE SURGEN DE LA PATRIA POTESTAD Y LAS OBLIGACIONES QUE GENERA.

Como observamos más adelante, se dan tanto para quienes ejercen la patria potestad, como para aquellos que están sometidos a ella.

Por lo que se refiere a los derechos de quienes gozan del ejercicio de la patria potestad, encontramos el de guarda, que consiste en la facultad que tienen las personas que la ejercen de cuidar y proteger los actos del menor, imponiendo correctivamente la obligación a los hijos sujetos a ella, a obedecer y permanecer en la casa de quien ejerce tal autoridad concedida.

(94).- González, Juan, Antonio, Elementos de Derecho Civil. Editorial, Trillas. 7ª Edición. p. 80.

(95).- Heinrich, Lehmann. Ob.cit, p. 295.

Otro de los derechos es de la educación, cuyo contenido lo podemos describir como los principios de buena crianza, de moralidad o urbanidad que deben tener todos los menores para ser personas honestas y útiles a la sociedad, asimismo abarca, la instrucción entendida esta, como la enseñanza primaria indispensable en nuestra época prolongándose hasta proporcionar al menor un oficio u ocupación, estimularlo en algún arte o carrera, según las posibilidades de los padres y aptitudes del menor.

En cuanto a la obligación de dar alimentos, no solo los que ejercen la patria potestad, tienen esta obligación pues a falta de los padres esta también recae en los demás ascendientes. Es decir, el dar alimentos, se considera como un deber.

Por último mencionaremos el derecho que la Ley concede a quienes ejercen la patria potestad en relación con la persona del menor, es el poder de representación en juicio y fuera de él. En virtud del poder de representación el padre celebra en nombre y por cuenta del hijo todos los negocios que interesen a éste.

B DERECHOS Y OBLIGACIONES DE QUIENES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD EN RELACIÓN CON LOS BIENES DE LOS MENORES.

La administración, la tienen las personas que ejercen la patria potestad; así como la mitad del usufructo legal de los bienes propiedad de los menores, excepto los que fueron donados, legados o heredados y se haya dispuesto respecto de los mismos otra cosa.

III.- DE LA AUTORIDAD DE LOS PADRES, DE LAS MADRES Y DE LOS ABUELOS

El fundamento de la autoridad paterna se visualiza al tener la patria potestad su origen en la paternidad y la maternidad. Pues es a los progenitores a quien les interesa

el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de la función de la patria potestad. Galindo Garfías (96) menciona que 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.

Algunos autores al hacer referencia a la autoridad dicen: "el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos" en primer término, corresponde a los padres, a falta de unos y otros, a los abuelos maternos. Fuera de tales personas, la Ley no atribuye a nadie más la facultad de ejercerla.

Es por consiguiente que en este punto trataremos de ejemplificar la autoridad, de cada uno de ellos.

A.- AUTORIDAD DEL PADRE.

Es de gran importancia hacer mención que este poder que la Ley le da al padre, lo podemos ver claramente, en la definición de patria potestad de Planiol y Ripert que a la letra dice: "La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales".(97)

(96).- Galindo Garfías. Ob.cit. p. 672.

(97).- Planiol y Ripert. Ob.cit. p. 314.

De la anterior definición se desprende que la patria potestad se les confiere a los padres por estar investidos de tal calidad y en virtud de tener multitud de obligaciones que cumplir con los menores, asimismo se les otorga el ejercicio de este derecho para facilitarles el cumplimiento de sus deberes.

Podemos así recordar que entre los romanos no era solamente el poder que se tenía sobre los hijos, sino que venía a constituir un verdadero derecho de propiedad sobre ellos, pues quien lo ejercía podía venderlos, esclavizarlos, y no como lo conocemos en nuestros días. Asimismo las reglas primitivas habían subsistido en algunos puntos esenciales:

- 1.- La patria potestad, siempre perteneció al padre, nunca a la madre;
- 2.- Se prolongaba indefinidamente, cualquiera que fuese la edad del hijo;
- 3.- El hijo no podía en principio, adquirir por su cuenta; salvo los peculios, todo pertenecía al padre, correspondiendo a éste el goce de los bienes cuya propiedad era del hijo.

A pesar del tiempo transcurrido en Roma, continuaba siendo una especie de poder doméstico, establecido, sobre todo, en interés del padre más que en el del hijo. Y el hijo siempre tenía que estar bajo esa autoridad del padre.

En cambio en Francia se tenían tradiciones muy diferentes; la idea de una protección debida al hijo dominaba en ellas en la organización de la patria potestad, la madre estaba investida de ella al mismo tiempo que el padre y, sobre todo esta potestad era esencialmente temporal, se tenía como regla "*no existe el derecho de patria potestad*". Esto no significaba que los padres careciesen de poder sobre la persona y bienes de sus hijos, sino que la patria potestad admitida en el norte de Francia no era "*patria potestas*" del derecho romano.(98).

(98).- Ibidem, p. 252.

En el norte de Francia se había conservado un aspecto totalmente familiar y de puro hecho; no era objeto de reglas jurídicas, como la patria potestad romana. Sólo a partir del siglo XIV se encuentran algunos textos de ordenanzas que se oponen al matrimonio de los hijos o a la profesión de órdenes religiosas sin el consentimiento de los padres.⁽⁹⁹⁾

En el Derecho alemán se relaciona la potestad del padre con la tutela, la "*munt*" cuya finalidad es un deber de protección del patrimonio del hijo, que implica derechos y obligaciones, y que junto a la administración del patrimonio confiere también el disfrute.⁽¹⁰⁰⁾

Se configura la potestad de los padres como derecho absoluto de dominio sobre el hijo, en el sentido de que el que lo vulnera culpablemente comete un acto ilícito. Además, obtiene una pretensión de omisión contra el perturbado.

El titular de la patria potestad, responde, frente al hijo, del cumplimiento de las obligaciones que corresponden a su derecho, pero sólo con la diligencia que suele emplear en asuntos propios.

El Derecho alemán ha tomado en consideración la aspiración de independencia del hijo, reconociendo que éste sale de la patria potestad cuando se independiza económicamente (*Separatio economica*), y la hija cuando contrae matrimonio.⁽¹⁰¹⁾

Dentro de esta potestad del padre corresponde el cuidado del hijo, así como el derecho y el deber de educarlo, de vigilarlo y determinar su residencia, asistencia corporal, la designación de la profesión, la imposición del nombre, el cuidado del matrimonio o bien la llamada administración.⁽¹⁰²⁾

(99).- Ibid. p. 253.

(100).- Heinrich, Lehmann. Ob.cit. p. 304.

(101).- Ibidem.p.306.

(102).-Ibid. p. 308.

Respecto al Derecho español el poder paterno, se caracteriza por los deberes de protección y asistencia que tienen los padres para con los hijos, necesitando como elemento auxiliar un principio de autoridad en los padres, siendo este llamado "*patria potestad*".(103).

Esta potestad, también es ejercida por la madre, en determinados casos no siendo exclusivamente del padre. Se dice que la patria potestad corresponde al padre, y en su defecto, a la madre. Está se ejerce sobre los hijos legítimos, los legitimados por subsiguiente matrimonio y concesión soberana, y los naturales reconocidos y adoptivos menores de edad, con respecto al padre o madre que los reconoce o adopta.(104).

(103).-Castán, Tobeñas. Ob.cit. p. 35

(104).-Ibidem.p. 40

VI.- DERECHOS Y DEBERES RESPECTIVOS DE LOS HIJOS, DE LOS PADRES Y DE LOS ABUELOS.

Los derechos que gozan quienes ejercen la patria potestad y las obligaciones que se les imponen en relación con la persona del menor los podemos encontrar en efecto, en el primer artículo del capítulo de la patria potestad, en el Código Civil que nos dice: "Los hijos cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

Lo expresado por el artículo que antecede, evidentemente no es una obligación a cargo de las personas que ejercen la patria potestad, sino por el contrario, dicha obligación de respetar y honrar a los padres y ascendientes es a cargo de los hijos y que no se extingue aún cuando ya no se ejerza sobre ellos la patria potestad, ni tampoco cuando los ascendientes nunca hayan desempeñado tal ejercicio.

Esta disposición establece una obligación jurídica aunque por su esencia es eminentemente moral algunos juristas han tratado de ignorarla y pugnado porque desaparezca, porque dicen que únicamente es una norma de derecho natural de carácter moral y sin sanción específica en el derecho positivo.

Respecto a los derechos que otorga el ejercicio de la patria potestad a los ascendientes, encontramos en primer lugar el de guarda que consiste en la facultad que tienen las personas que la ejercen de cuidar y proteger los actos del menor imponiendo correlativamente la obligación a los hijos sujetos a ella, a obedecer y permanecer en la casa de quien ejerce tal autoridad concedida que es lo consagrado en el artículo 421 que dice: "mientras estuviese el hijo en la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o de una autoridad competente".

El derecho de guarda está regulado en casi todas las legislaciones sin embargo podemos hacer notar que en Francia únicamente el hijo sólo puede abandonar el domicilio de sus padres con autorización de ellos o por alistarse voluntariamente al ejército habiendo cumplido 18 años. (105)

En España encontramos un sistema igual al nuestro pero a diferencia del derecho francés, no se autoriza a que el hijo pueda abandonar el hogar paterno por aislamiento voluntario en el ejército. (106).

En la legislación alemana se conoce como derecho y obligación de vigilancia la que ejerce el padre a fin de evitar que el menor corra algún peligro y cometa algún acto ilícito que cause daño a terceros, porque en última instancia puede hacerse responsable ante los demás de los actos ilícitos que cometa el hijo. (107).

Nuestro derecho no hace mención sobre si el hijo puede o no abandonar el domicilio paternal para alistarse en el ejército.

Una de las obligaciones que impone el Código Civil a quienes ejercen la patria potestad en su artículo 422, es la de educar al hijo convenientemente y dice: "a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente..."

El deber de educación lo podemos dividir en dos aspectos. El primero contendría los principios de buena crianza de moralidad o urbanidad que indiscutiblemente deben de tener todos los menores para ser personas honestas y útiles a la sociedad.

El segundo aspecto abarcaría la instrucción, comprendiendo ésta la enseñanza primaria indispensable en nuestra época y obligatoria para todas las gentes prologándose hasta proporcionarle al menor un oficio u ocupación, estimularlo en algún arte o carrera, según las posibilidades de los padres y aptitudes del menor.

(105).- Collin y Capitánt. Ob.cit. p. 23

(106).- Castan Tobeñas. Ob.cit. p. 41.

(107).- Heinrich Lehmann. Ob.cit. p. 309.

A diferencia de lo anotado en el capítulo primero de esta tesis respecto a la educación de los menores, ya en nuestra época será el menor de acuerdo con sus aptitudes el que pueda elegir que carrera arte u oficio seguirá y no el que ejerce la patria potestad .

La obligación de proporcionar una educación secundaria y darle un oficio o carrera al menor se encuentra consignada en el artículo 308 del Código Civil que a la letra nos dice: "Los alimentos comprenderán la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto 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".

Por lo que hace al deber de educación debemos resaltar la importancia tan extraordinaria de este problema, porque la sociedad está vivamente interesada en los padres, en los hijos y en general sobre las personas que ejercen la autoridad de que están investidos por la patria potestad, para que impartan toda clase de consejos y de ayuda moral a los menores.

La obligación de dar alimentos a quienes están sujetos a la patria potestad no nace a consecuencia de la institución a que me estoy refiriendo sino que dicha obligación tiene su fuente en el parentesco y que aún personas que no ejercen la patria potestad están obligados a darlos, lo anterior se desprende de los artículos: 302 "El adoptante tiene la obligación de dar alimentos en los casos en que los tienen, el padre y los hijos". Y mantener el equilibrio y bienestar de la familia que es donde esta el cimiento de la Sociedad y del Estado, máxime que vivimos en una época en extremo materialista en la que los valores morales al parecer han sido relegados a segundo término.

Nuestra legislación no establece en que forma debe llevarse a cabo esa educación, pero se entiende que debe ser de acuerdo con los principios morales,

conforme a las costumbres y grado de civilización del pueblo y será el juzgador cuando conozca el caso particular, el que decida si las personas han o no cumplido debidamente con la obligación de educar a los menores.

En el Derecho romano no se estableció ninguna obligación a quienes ejercían la autoridad paterna, para educar a las personas que están bajo su cuidado, y sólo se empezó a reglamentar en la época actual mas o menos parecida en todas las legislaciones.

En Francia, por ejemplo, Planiol y Ripert consideran que los padres de familia deben "dirigir la educación del hijo, de normar su conducta, de formar su carácter e ideas. Graves cuestiones deben de resolverse por los padres: la religión que se dará al hijo, la carrera para la que se preparará, etc." (108).

En este derecho la educación de los menores que se encuentran entre seis y trece años se impone en forma imperativa a los padres, pero si no cumplen libremente, mediante un procedimiento especial de coacción se les obliga a cumplir con este deber. (109).

En España, nos encontramos que el deber de educación es igual que en Francia siendo imperativa la educación primaria y posteriormente, de acuerdo con la posibilidad económica de los padres. (110).

En la legislación alemana nos encontramos que: "La educación es influencia psíquica con el fin de capacitar al hijo corporal, espiritual y socialmente, de acuerdo con sus aficiones y aptitudes y en armonía con las circunstancias. También el derecho de corrección que se otorga al padre sirve como medio para la formación del carácter y debe adecuarse a tal fin.(111).

(108).- Planiol y Ripert. Ob.cit. p. 265.

(109).- Colín y Capitant. Ob.cit. p.26.

(110).- Calixto Valverde. Derecho Civil Español. Tomo IV. p. 502.

(111).- Heinrich Lehmann. Ob.cit. p. 309.

Entre las obligaciones de educar al menor se encuentra la de determinar su educación religiosa o sea la de inculcarle alguna creencia, estando sujeto a que se le imponga hasta los catorce años y a partir de dicha edad podrá él elegir la religión que desee seguir.

En el Derecho español la educación religiosa ha de ser católica (112). En este punto difieren las dos anteriores legislaciones a la nuestra, puesto que no se hace mención alguna a la religión o creencia que se le debe inculcar al menor.

Otra de las facultades que el Código Civil reconoce a favor de quienes ejercen la patria potestad, es la de corregir y castigar prudencialmente a los menores que se encuentran bajo su cuidado. Art. 423.- "los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

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

Esta facultad concedida por la ley no debe tomarse únicamente como tal, sino que es igualmente una obligación impuesta a quienes ejercen la patria potestad, ya que el poder de corrección a que se refiere nuestra legislación se hace con el propósito de que se pueda cumplir eficazmente la obligación de educar a los menores convenientemente y para hacerlos acatar las determinaciones y mandatos de sus ascendientes que están en ejercicio de este derecho.

El derecho de corrección en ejercicio de la patria potestad no es ilimitado ya que el Estado, por medio del Código Penal, castiga a quienes se exceden en el ejercicio de este derecho, lo anterior se desprende de los lineamientos seguidos por el Código Penal que al efecto expresa:

(112).- Ibidem. p. 313.

Artículo 295.- "Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez posrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos.

A reserva de hacer otro comentario en relación con el artículo transcrito en el párrafo que antecede, diremos que la legislación penal no tiene por que declarar que el que ha inferido una lesión en el ejercicio de la patria potestad, se le podrá imponer, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos, ya que es una institución de carácter esencialmente civil. Lo único que podría hacer la legislación penal, es decir que por el hecho de haber cometido el delito de lesiones el que ejerce la patria potestad, en perjuicio de quien está bajo su cuidado, se le podrá demandar la suspensión de la patria potestad ante la autoridad competente, pero nunca declarar ella misma la pérdida de ese derecho.

En la segunda parte del artículo 423 nos expresa: "Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna".

Nuestra legislación no dice que clase de amonestaciones y correctivos aplicará la autoridad que concurra en auxilio del que ejerce la patria potestad, sino que se limita únicamente a enunciar, que serán los necesarios para dar apoyo suficiente a quienes ejercen la patria potestad.

A mayor abundamiento, consideramos que esta clase de amonestaciones, pueden ser; el encarcelamiento del menor, por el tiempo que considere el Juez.

A este respecto se puede concluir que la autoridad, únicamente podrá amonestar y ayudar en ciertos casos a la internación del menor en una escuela correccional, siempre a petición de quien ejerce la autoridad paterna, tal ayuda para la internación en un centro de orientación y educación del menor, no debe tomarse como un encarcelamiento o detención como la legislación francesa y española lo establecen.

En Francia el padre puede hacer encarcelar a su hijo por motivos muy graves de descontento, podrá el Presidente del Tribunal librar auto de prisión a instancia de éste por un tiempo máximo de un mes, cuando el hijo sea menor de 16 años. Cuando se trate de detener al hijo mayor de 16 años, pero que no haya alcanzado la mayoría de edad ni haya sido emancipado, el padre podrá pedir su detención hasta por seis meses como máximo, pero en este caso el Presidente del Tribunal discutirá los fundamentos que tenga en su poder para solicitar la detención, y conjuntamente con el fiscal, decidirá si librará la orden de arresto o no, pudiendo también disminuir el tiempo que deberá permanecer recluido el menor. El padre podrá pedir la disminución de la pena solicitada e impuesta, pero si el hijo persistiere en su mala conducta nuevamente podrá ser detenido. Los padres que hayan hecho detener a su hijo se obligarán a pagar todos los gastos que por concepto de alimentos se requieran por parte de la autoridad que tiene recluido al menor.

Los hijos menores de 16 años no podrán ser detenidos por pedimento del padre, cuando éstos tengan bienes propios o ejerzan una profesión. Por lo anterior, se justifica la definición dada por Colín y Capitánt al decir que el derecho de corrección es "la facultad que tienen los padres, bajo ciertas condiciones y modalidades, de hacer encarcelar al hijo vicioso o rebelde a fin de vencer su resistencia o de apartarle de sus malas inclinaciones". (113).

(113).- Colín y Capitánt. Ob. cit. p. 24.

En España, el padre y en su caso la madre, pedirán a la autoridad gubernativa su apoyo para corregir al hijo sujeto a la patria potestad, tal apoyo se solicitará en el hogar doméstico, aún para la detención y retención del menor en establecimientos de instrucción legalmente autorizados, podrán acudir al Juez Municipal para que otorgue su visto bueno a la solicitud del padre o la madre para hacer detener al hijo hasta por un mes en un establecimiento correccional.

Al igual que en la legislación francesa, el que ejerce la patria potestad sufragará los alimentos del hijo detenido, pero no pueden tener intervención en el régimen del establecimiento donde está recluido, pudiendo únicamente levantar la detención cuando lo estimen pertinente. (114).

En el Derecho alemán, el padre tiene el derecho y el deber de corregir a los menores, empleando medios prudenciales adecuados a las circunstancias y a la individualidad del hijo. El Tribunal de Tutelas a instancia del padre, aplicará las medidas correccionales adecuadas, pudiendo también internarlo en un reformatorio. (115).

El último de los derechos que la Ley concede a quienes ejercen la patria potestad en relación con la persona del menor es el poder de representación en juicio y fuera de él. Este derecho está consagrado en el artículo 424 que dice:

"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 ejercen aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez".

Siendo el principal objeto de la patria potestad el cuidado de la persona y bienes de los menores, fundada en la supuesta incapacidad del hijo ya sea por su ignorancia, por falta de experiencia para gobernarse y asimismo administrar sus

(114).- Calixto Valverde. Ob.cit. p. 497

(115).- Heinrich Lehmann. Ob.cit. p. 309

bienes, el que ejerce la patria potestad debe integrar la capacidad jurídica del menor. Tal es el motivo por el cual se les prohíbe comparecer en juicio sin expreso consentimiento de quien ejerce la patria potestad y celebrar contrato alguno.

En virtud del poder de representación el padre celebra en nombre y por cuenta del hijo todos los negocios que interesen a éste, teniendo la obligación de comparecer en juicio ya sea como actor o demandado, puede aceptar las donaciones hechas al menor, así como las herencias, pero en este caso siempre con beneficio de inventario. Si el padre se niega a aceptar lo que al hijo le han dado, a pedimento del mismo, de un ascendiente o del Ministerio Público, puede pedir la intervención de la autoridad para que autorice la aceptación de la donación o herencia a favor del menor.

Para complementar estas ideas citaremos el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales que nos dice:

Artículo 44.- Todo el que, conforme a la ley esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, puede comparecer en juicio".

Artículo 45.- "Por los que no se hallen en el caso del artículo anterior comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a derecho".

Por esto los que ejercen la patria potestad son las personas autorizadas para comparecer en juicio a nombre de los menores con fundamento en el Código Civil en sus artículos:

425.- "Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este código".

427.- La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, sino es con el

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

consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente".

Ahora, bien se comprende que en el desempeño de esta función, surjan fácilmente conflictos de intereses entre padre e hijo por lo que no se puede en este caso dejar a la apreciación del que ejerce la patria potestad la decisión y ejecución de dichos actos y habrá necesidad de nombrar un tutor especial como lo previene el artículo 440 que dice:

"En todos los casos entre los cuales las personas ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez en cada caso ".

En el Derecho español existe la representación que corresponde a los padres tanto en el ejercicio de las acciones ante los tribunales como en relaciones extrajudiciales. (116)

En Alemania el padre es la persona autorizada para la representación del menor y en el caso de que la madre no éste de acuerdo prevalecerá siempre la opinión de aquél. La facultad de representación del menor y en el caso de que la madre no este de acuerdo prevalecerá, siempre la opinión de aquél. La facultad de representación no comprende los asuntos para los que se ha designado un curador, ni cuando haya una coalición de intereses. Tampoco le corresponde la representación al padre cuando le haya sido retirada ha sido por determinadas circunstancias por el Tribunal de Tutelas y cuando el menor fue autorizado por sus propios padres para explotar un negocio o prestar sus servicios, siempre que obtenga con ello la plena capacidad de gestión.

En el Derecho francés observamos, que sus tratadistas ni el Código Civil hacen referencia a este derecho de representación que tienen los padres con los hijos.

(116).- Calixto Valverde. Ob.cit. p.508.

Otra de las facultades que tienen los que ejercen la patria potestad, aunque no está incluida dentro del articulado del capítulo respectivo del Código Civil, es la otorgar el consentimiento para que el menor contraiga matrimonio, siendo esta facultad también en diversos casos del tutor o de la autoridad que de acuerdo con el Código sea la competente, artículos 149, 150 y 151.

**A- DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE TIENEN LOS QUE EJERCEN LA PATRIA
POTESTAD EN RELACIÓN CON LOS BIENES DE LOS MENORES.**

Los bienes de los menores mientras están bajo la patria potestad se dividen en: bienes que adquiera por su trabajo y bienes que adquiera por cualquier otro título.

En los términos anteriores se expresa el artículo 428 de nuestra legislación civil vigente, declarando en su artículo siguiente que los bienes adquiridos por el menor por su trabajo le pertenecían en propiedad y usufructo a él.

En relación con los bienes adquiridos por el menor por cualquier otro título nos dice el artículo 430:

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

De lo anterior se desprende que las personas que ejercen la patria potestad tienen una administración y la mitad del usufructo legal de los bienes propiedad de los menores, excepto los que fueron adquiridos por su trabajo o le fueron donados, legados o heredados y se haya dispuesto respecto de los mismos otra cosa.

Se llama administración legal "a la facultad de administrar los bienes del hijo, cuando los tienen, siendo confiada esta facultad por la ley al padre". (117)

La anterior definición para que esté acorde con nuestro derecho, sería conveniente suprimirle las dos últimas palabras y agregarle: a quienes ejercen la patria potestad-, quedando entonces en los términos siguientes: La administración legal es la facultad de administrar los bienes de los menores, cuando los tienen, siendo confiada esta facultad por la ley a quienes ejercen la patria potestad.

La facultad de la administración legal como atributo de la patria potestad no puede ser modificado ni anulado, por convenios particulares ya que dicha potestad es de carácter público, porque al aceptarse que pudiese ser modificado o anulado lógicamente se podría pensar también que la voluntad de los particulares podría afectar el ejercicio de la patria potestad en cualquiera de sus atribuciones u obligaciones.

Las restricciones impuestas por la Ley a quienes en ejercicio de la patria potestad están administrando los bienes de los menores que están bajo su protección son :

1.- No podrá enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio para él y previa autorización del juez competente.

2.- Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir rentas anticipadas por más de dos años.

3.- No se podrán vender valores industriales, comerciales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados, por menos valor del que se coticen en plaza el día de la venta.

4.- No les está permitido hacer donaciones de los bienes de los hijos o remisión de los derechos de éstos.

5.- Les está prohibido dar fianza en representación de los hijos.

(117).- Planiol y Ripert. Ob.cit. p. 282.

El Código Civil no hace mención sobre la terminación de la administración legal, pero debe presumirse que se extingue cuando al menor se le transfiera la administración de sus bienes ya sean por voluntad de quien ejerce la patria potestad, por disposición de la ley, es decir, cuando el menor es emancipado o alcanza la mayoría de edad, igualmente terminará cuando el que ejerce la administración es condenado a la pérdida de la patria potestad o es suspendido en el ejercicio de la misma y como es natural a la muerte del incapacitado, del padre o ascendiente, si no hay otra persona que pueda ejercitarla conforme a la ley.

En el Derecho francés se establece que el administrador de la fortuna del menor es el padre legítimo o la madre legítima, en los casos en que el padre no pueda hacerlo por ausencia o interdicción, teniendo en este caso las mismas facultades que el padre pero sin requerir ya autorización marital.

El administrador tiene la obligación de cuidar los bienes como un buen padre de familia, haciéndose responsable con su patrimonio del manejo de la administración en relación con la rendición de cuentas.

En este derecho la administración legal termina: por que se haga inútil, es decir que el menor se encuentre ya con la capacidad necesaria para administrar por si mismos sus bienes, por lo que tiene ya la absoluta libertad para actuar; en este supuesto se encuentran cuando muere alguno de los cónyuges o pierde la patria potestad y como consecuencia se le nombra tutor al menor. (118)

En España la clasificación sobre los bienes de los menores sujetos a la patria potestad, se hace tomando en consideración el título con los que se adquieren y si el hijo vivió o no bajo la dependencia económica de los padres y por consiguiente se dividen en :

(118).- Planiol y Ripert. Ob.cit. p. 288.

1.- Bienes adquiridos con el caudal de los padres y que se hayan puesto bajo la administración del hijo. Estos bienes son propiedad de los padres y conservan éstos el usufructo de los mismos, correspondiendo al hijo la administración de ellos, a no ser que expresamente le cedan todo o parte de las ganancias que se obtengan.

2.- Bienes adquiridos por el hijo, producto de un trabajo o industria o por cualquier otro título, oneroso o lucrativo, correspondiendo a éste la propiedad y por regla general al padre o madre que ejerzan la patria potestad el usufructo y la administración. Aunque lo anterior tiene algunas excepciones.

En cuanto a la terminación de la administración legal, se aplican las normas del derecho común, siempre y cuando no vayan en contra de la naturaleza y finalidad de la patria potestad que está reglamentada para beneficio y protección de los hijos menores de edad.

En el Derecho alemán, lo que se ha llamado administración legal, "Es el derecho y el deber de cuidar del patrimonio del hijo, la llamada administración del patrimonio, comprende todas las medidas de hecho, de derecho encaminadas al mantenimiento, inversión y aumento del patrimonio del hijo, jurídicamente envuelve los negocios de disposición de obligaciones, de adquisición, así como la gestión procesal. Por lo que se refiere a los efectos de la administración tiene el padre el derecho y el deber de representar al hijo con los asuntos propios de la administración, sin que tenga que limitarse a la simple representación inmediata".

(119).

La totalidad del patrimonio de los menores está sujeto a la administración del padre a excepción de: Los adquiridos por el hijo por "*mortis causa*" o por "*inter vivos*" por atribución dispone que se excluya la administración del padre.

(119).- Castán Tobeñas. Ob. cit. p. 47.

Los adquiridos por el hijo como consecuencia de su trabajo o la explotación de una industria, dentro del marco de su capacidad de gestión y, el patrimonio del menor sujeto a la administración de un curador.

Concluirá la administración: por terminar la patria potestad; por la declaración firme de concurso sobre los bienes del padre, por privación del Tribunal de Tutelas en los casos de: infracción del derecho de alimentos, porque el padre no cumpla con las órdenes del Tribunal de Tutelas y por incumplimiento con los deberes legales respecto del inventario.(120)

(120).- Calixto Valverde. Ob.cit. p. 507.

CAPITULO III.

LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

I.- CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE OAXACA 1827.

La institución de la patria potestad fue reglamentada en el Libro I, Título décimo, comprendido en los artículos 231 al 244 del ordenamiento estudiado.

Dentro de las obligaciones del potestado, en su artículo 231 se menciona que "el hijo en toda edad debe honor y respeto a su padre y madre"⁽¹²¹⁾, del cual se desprenden más bien principios éticos que deben prevalecer entre los potestantes y potestados, ya que, dispone que cualquiera que sea el estado en que se encuentren la edad y la condición, los hijos siempre deben honrar y respetar a sus padres. El artículo subsecuente nos señala que el hijo permanecerá bajo la patria potestad, en dos supuestos; hasta su mayoría de edad y cuando el hijo se encuentre emancipado, es decir, en el momento, en que el hijo menor de edad contrae matrimonio, y se le otorga la administración de sus bienes y el gobierno de su persona. ⁽¹²²⁾.

El ejercicio de la patria potestad se limita únicamente al padre, y a falta de éste, á la madre, situación que nos permite ver con más claridad la desigualdad de la mujer, establecida en el Código de Oaxaca, al señalar que "solo el padre ejerce la

(121).- Código Civil para el Gobierno del Estado Libre de Oaxaca. 1828-29 (reeditada en la obra de Ortiz Urquidí, Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana). México, Porrúa, 1974. p. 149.

(122).- Idem.

autoridad paternal durante el matrimonio" (123), dándole toda la preferencia a éste y olvidándose que la madre, también tiene derecho, a ejercer la patria potestad, en el mismo plano de igualdad y no únicamente por ausencia ó muerte del padre.

En el Código de Oaxaca apreciamos una semejanza con las disposiciones contenidas en el Código Francés, al concederse el ejercicio de la patria potestad, únicamente durante la ausencia del padre o cuanto éste muere, á la madre.

Por otro lado podemos señalar como grandes fallas del legislador del ordenamiento estudiado, no haber tomado en consideración a los abuelos tanto maternos, como paternos, por lo que se refiere al ejercicio de la patria potestad. Sin embargo nuestra legislación actual ya contempla los derechos que tienen ambas partes para ejercer la patria potestad. En el artículo 413 del Código Civil Vigente, se otorgan facultades a los abuelos paternos y maternos, por lo que se refiere al ejercicio de la patria potestad, el cual menciona que á falta del padre y la madre, recaerá el ejercicio de la patria potestad, en el abuelo y abuela paternos, y el abuelo ó abuela maternos. (124).

Siguiendo nuestras costumbres y el desarrollo de la organización familiar mexicana, el legislador del Código de Oaxaca dispuso en su artículo 234 que mientras el hijo estuviere bajo la patria potestad no podía dejar la casa del padre, sin permiso de éste, señalando que en los casos que el padre este ausente o muera, la responsabilidad le concernirá a la madre; por lo que respecta a lo anterior podemos decir que la finalidad del legislador fue lograr una cohesión familiar y el control, en su forma más completa, del desarrollo de los menores. (125).

(123).- Ibid.

(124).- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A., 63ª Edición, México, 1994. Pág. 120.

(125).- Código Civil para el Estado Libre de Oaxaca. Ob.cit. p. 149

El artículo 235 del ordenamiento estudiado dice "El padre y la madre podrá castigar y corregir los defectos de sus hijos con penas correccionales, pero sin cometer excesos de crueldad" (126). De lo cual se desprende que se otorgó la facultad de castigar a sus hijos templadamente, sin ser despiadado, e inhumano, a los padres es decir á ambos.

De lo dicho con anterioridad consideramos cualidad del legislador, poner en un plano de igualdad, tanto al hombre como a la mujer, en cuanto al derecho de corregir y castigar a los hijos, situación que no se contempla la legislación de 1870 en su artículo 396 sólo se limita a decir "El padre tiene la facultad de corregir y castigar á sus hijos templada y mesuradamente" (127), estableciendo una vez más la desigualdad, entre la madre y el padre, dándole al padre todas las facultades, dejando a la madre en desventaja para ejercer los derechos para con los hijos.

En nuestra opinión, estamos de acuerdo con nuestra legislación actual, al hacer referencia, no solo al padre que tiene el derecho para castigar a los hijos, sino, a los que ejercen la patria potestad, contemplado en su artículo 423 (128) del Código Civil Vigente, estableciendo un plano de igualdad, para ejercer los derechos de corregir y castigar a los hijos, tanto al padre, como á la madre, que se encuentren ejerciendo la patria potestad.

De lo anterior el artículo 236 complementa diciendo "Si los hijos cometiesen desordenes que merezcan un castigo más serio, su padre ó madre podrán hacerlos arrestar desde un mes hasta tres meses. El alcalde del domicilio dará la orden de arresto en virtud del requerimiento del padre ó la madre; quienes quedarán obligados á ministrar al hijo arrestado, los alimentos convenientes". (129)

(126).- Idem.

(127).- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, México, José Batiza, 1870. p. 46.

(128).- Código Civil para el Distrito Federal. Ob.cit. p.121.

(129).- Código Civil de Oaxaca. Ob.cit. p. 149.

De lo transcrito diremos que cuando por cualquier causa los padres consideran que el comportamiento de el hijo, causo un problema serio, o bien merezca un castigo más severo. Podrán solicitar a las autoridades correspondientes, hicieran arrestar a los hijos. Asimismo el padre ó la madre podrían abreviar el tiempo del arresto a sus hijos, en caso que éstos lo considerarán. En los casos que el padre ó la madre dispusieren que el hijo fuere arrestado pero éste no fuere hijo del presente matrimonio, el alcalde con conocimiento de causa dará o negará la orden de arresto. (130).

A nuestro juicio, esta medida es limitativa pues como se desprende del mismo artículo, no se otorga éste derecho de acudir en demanda de auxilio de las autoridades para ejercer la facultad de castigar, a los demás ascendientes, o en su caso, a quien se encuentre ejerciendo la patria potestad, por lo que creemos que dicho artículo hubiere cumplido su cometido ampliando el auxilio de las autoridades a todos los que ejercen la patria potestad, sin limitarlo exclusivamente a los padres.

Los efectos de la patria potestad, respecto de los bienes del hijo, se encuentran regulados en los artículos 240 al 244 de dicho cuerpo de Leyes, el artículo 240 dice "El padre, durante el matrimonio ó por muerte de uno de los cónyuges, el que sobreviva, tendrá el usufructo de los bienes de sus hijos, hasta que éstos lleguen á la edad de la mayoría ó hasta su emancipación". De lo anteriormente transcrito podemos decir, que el padre, o en su caso la madre podrán disfrutar de las utilidades que deriven del aprovechamiento de los bienes del hijo, condicionándolos con la obligación de devolverlos. Consideramos que en este supuesto el que ejerce la patria potestad, es representante, de acuerdo con la ley de los que están bajo de ella y administrador de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de dicho código. (131).

(130).- Ibidem. 150.

(131).- Ibid.

Dentro de las obligaciones que tiene el potestante destacan: aquellas á que están obligados los usufructuarios: los alimentos, manutención y educación de los hijos según su fortuna. El pago de los réditos ó intereses de los capitales, los gastos de la última enfermedad y del funeral. (132)

Los artículos restantes del capítulo que estamos analizando reglamentan en forma expresa, las prohibiciones de enajenar y gravar los bienes de los menores por parte de los padres:

- 1.- En los casos de divorcio, no tendrá derecho al usufructo, el padre o madre, contra quien haya sido pronunciado el divorcio.
- 2.- Respecto a la madre que pase á segundas nupcias.
- 3.- No gozarán del usufructo, ni el padre o madre, de los bienes que los hijos adquieran por una industria ó trabajo que ejercieren separadamente de sus padres.
- 4.- De los bienes dados, ó legados á sus hijos, bajo la condición expresa de que sus padres no gozaren de ellos.

Como lo hemos reiterado, encontramos una vez más, la desigualdad del legislador, en relación con la mujer al decir que cesará el usufructo en favor de la madre que pase á segundas nupcias, olvidándose del padre.

El código en estudio no contempla en su articulado a la pérdida, suspensión y extinción de la patria potestad.

II.- CÓDIGO CIVIL DEL IMPERIO MEXICANO 1866.

La institución de la patria potestad fue reglamentada en el Libro I, Título VII que se dividió en tres capítulos, que comprendieron de los artículos 269 al 299.

Su primer capítulo se refería a los efectos de la patria potestad respecto a las personas de los hijos, su artículo 269 decía: "Los hijos, cualquiera, que sea su edad, estado o condición, deben honra y respeto á sus padres"⁽¹³³⁾. En este artículo vemos claramente que el legislador considera un marco de principios éticos y morales, preocupándose por quienes ejercen la patria potestad, disponiendo que cualquiera que sea el estado en que se encuentren la edad y condición de los hijos siempre deben honrar y respetar a sus demás ascendientes, sin embargo no encontramos una definición jurídica de lo que es la patria potestad.

Lo expresado por el artículo que antecede, evidentemente no es una obligación a cargo de las personas que ejercen la patria potestad, sino por el contrario, dicha obligación de respetar y honrar a los padres y ascendientes a cargo de los hijos y que no se extingue aún cuando ya no se ejerza sobre ellos la patria potestad, ni tampoco cuando los ascendientes nunca hayan desempeñado tal ejercicio.

Esta disposición establece una obligación jurídica, aunque por su esencia es eminentemente moral, algunos juristas han tratado de ignorarla y pugnando porque desaparezca, argumentando únicamente que es una norma de derecho natural de carácter moral sin una sanción específica en el Derecho positivo.

Con lo anterior no estamos de acuerdo, porque si bien es cierto que en el fondo dicho artículo es de carácter ético, es igualmente cierto que el derecho ordena a los hijos que conformen sus actos exteriores a los sentimientos de honra y respeto que

(133).- Código Civil del Imperio Mexicano. Imprenta de Andrade y Escalante. México, 1866.p. 33.

deben a los autores de sus días y a sus ascendientes, porque con esto se da margen al juzgador, para poder impedir y reprimir los abusos y faltas de los hijos para con sus ascendientes.

El artículo 270 desenvuelve en forma expresa la institución al señalarnos que los hijos menores de edad, no emancipados están bajo la patria potestad, mientras existe alguno de los ascendientes a quienes corresponde aquella según la ley.(134).

Respecto al ejercicio de la patria potestad, el código estudiado en su artículo 271 indica que se ejerce sobre las personas y los bienes de los hijos legítimos y naturales reconocidos teniendo la facultad de ejercerla el padre, ó en su ausencia la madre, por la falta de ambos, el abuelo paterno y en su ausencia por el abuelo materno, ó en su ausencia por la abuela paterna, ó en su falta por la abuela materna (135). El legislador, estableció una desigualdad entre el hombre y la mujer, en cuanto al ejercicio de la patria potestad, anteponiendo siempre al hombre, antes que a la mujer.

Nuestra legislación vigente ha evolucionado considerablemente con respecto a las anteriores y en comparación a las legislaciones de otros países, porque ya otorga el ejercicio de la patria potestad conjuntamente a los padres o a los abuelos, desapareciendo en parte la idea de primacía del hombre en relación con la mujer.

Respecto a los hijos naturales reconocidos por el padre, antes que éstos cumplan siete años, el ejercicio de la patria potestad corresponderá al padre ó a los abuelos paternos. Fuera de este caso la patria potestad sobre los hijos naturales se ejercerá por la madre que los reconozca, y en su ausencia, por los abuelos maternos conforme a los establecido en su artículo 272 (136).

(134).- Idem.

(135).- Ibid.

(136).- Ibid.

De lo anterior deducimos que éste artículo omite situaciones que deben considerarse, nuestro Código Civil Vigente en sus artículos 380 y 381 (137), mencionan "que el hijo natural, será reconocido por convenio de los padres, y en caso que el reconocimiento, sea sucesivo, por los padres que no viven juntos, ejercerá la patria potestad, el primero que lo hubiere reconocido, 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.

La educación de los menores sujetos a la patria potestad será dirigida por el potestante de manera que éste pueda educarle y orientarlo, posiblemente influenciándolo a realizar determinada carrera, aunque el hijo llegando a la mayoría de edad, podrá tomar la que considere mejor. (138).

Por lo que respecto a los derechos que otorga el ejercicio de la patria potestad a los ascendientes, encontramos en primer lugar el de guarda, que consiste en la facultad que tienen las personas que la ejercen de cuidar y proteger los actos del menor, imponiendo correlativamente la obligación a los hijos sujetos a ella, a obedecer y permanecer en la casa de quien ejerce tal autoridad concedida, que es lo consagrado en el artículo 273 que dice: "Mientras estuviere el hijo bajo la patria potestad, no podrá dejar voluntariamente la casa del que la ejerce, sin permiso de éste ó decreto de la autoridad pública competente"(139).

El anterior principio tiene dos excepciones que consagra el mismo artículo 273 a saber:

- I.- Con permiso del padre, este caso se presenta cuando por razones de estudio,

(137).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob. cit. p. 115.

(138).- Código Civil del Imperio Mexicano. Ob.cit. p.33

trabajo o enfermedad, etc., el hijo se ve en la necesidad de dejar la casa paterna que conforme a la ley en su domicilio legal;

II.- Con permiso de la autoridad competente, esto es cuando la autoridad teme fundadamente que se compromete la seguridad o moralidad del menor, ya sea porque recibe malos tratos o pésimos ejemplos: igualmente se presenta este supuesto, cuando el que ejerce la patria potestad retiene al menor impidiéndole injustamente dedicarse a una profesión, trabajo, industria u oficio honesto para procurarse su subsistencia. Los padres y ascendientes necesitan de este derecho de guarda, para poder cumplir satisfactoriamente sus deberes de educación y corrección sobre los hijos.

Otra de las facultades que el Código del Imperio Mexicano reconoce a favor de quienes ejercen la patria potestad, es la de corregir y castigar prudencialmente a los menores que se encuentren bajo su cuidado, su artículo 275 dice: "El padre tiene la facultad de corregir y castigar á sus hijos templada y mesuradamente; más si esto no bastare, para enmendarlos, y las faltas que cometiesen fuesen graves, podrán emplear los siguientes medios de corrección".(140)

Es decir se le otorgó la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente; más si esto no bastara para enmendar las faltas que cometieran y estas fueran graves, podrán emplear los siguientes medios de corrección:

I.- Hacer arrestar, hasta por un mes en un hospicio, casa de corrección ú otro lugar semejante, al hijo culpable que haya cumplido once años y no exceda de diez y seis.

(139).- Idem.

(140).- Ibid.

2.- Hacerlo arrestar hasta por seis meses, desde la edad de diez y seis años hasta la emancipación.

En el primer caso, la facultad del padre es absoluta, y el juez á quien pida la orden de arresto, la expedirá sin dilación y sin investigar sus motivos. En el segundo es igualmente absoluta su facultad por el mismo período; más para prolongar el arresto, y estrecharlo si así conviniera; inquirirá el juez los motivos, y encontrándolos fundados, decretará la prolongación dentro del límite fijado.(141)

Consideramos que estas disposiciones, tienen influencia en Francia el padre puede hacer encarcelar a su hijo por motivos muy graves de descontento, podrá el presidente del tribunal librar auto de prisión a instancia de éste por un tiempo máximo de un mes, cuando el hijo sea menor de 16 años, cuando se trate de detener al hijo mayor de 16 años, pero que no haya alcanzado la mayoría de edad ni haya sido emancipado, el padre podrá pedir su detención hasta por seis meses como máximo, pero en este caso el presidente del tribunal discutirá los fundamentos que tenga en su poder para solicitar la detención, y conjuntamente con el fiscal, decidirá si librará la orden de arresto o no, pudiendo también disminuir el tiempo que deberá permanecer recluido el menor.

Éstos procedimientos se ejecutarán verbalmente, sin forma de juicio, dejando sólo como constancia la minuta de la orden de arresto, en la cual tampoco se expresarán los motivos del mismo.

Los efectos de la patria potestad se encuentran contemplados en su capítulo II del ordenamiento estudiado. Por lo que se refiere a la representación legítima y administración legal, esta recae en quien ejerce la patria potestad.

Los bienes del hijo se dividen en tres clases, mientras se encuentre éste bajo el ejercicio de la patria potestad:

(141).- Ibidem. p.33

1.- Bienes cuya propiedad, administración y usufructo corresponde al que ejerce la patria potestad.

2.- Bienes cuya propiedad es del hijo y la administración y usufructo es de quien tiene la patria potestad.

3.- Bienes que corresponden en propiedad, administración y usufructo al hijo.

El padre no puede enajenar los bienes inmuebles del hijo en que corresponde el usufructo y la administración, ó ésta sola, ni gravarlos de ningún modo, sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad y previa la autorización del juez competente.

Su capítulo III, se refiere a los modos de acabarse la patria potestad, su artículo 290 (142) dice: La patria potestad se acaba:

- 1.- Por la muerte del que la tiene, si no hubiere otro en quien recaiga.
- 2.- Por la emancipación.
- 3.- Por la mayor edad del hijo.

La pérdida de la patria potestad se contempla en su artículo 291, que a la letra dice:

- 1.- Cuando el que la ejerce sea condenado á alguna pena que lleve consigo la pérdida de este derecho.
- 2.- Cuando declarado el divorcio, tenga lugar la pérdida de la patria potestad.(143)

(142).- Ibid. p. 35

(143).- Idem.

Asimismo observamos que los tribunales pueden privar de la patria potestad al que tenga el ejercicio de ésta, ó modificar su ejercicio, si trata á los que están en ella con excesiva dureza, no los educa, ó les da consejos, preceptos o ejemplos corruptores. De lo cual consideramos pertinente, ya que al tratar al hijo con excesiva crueldad, trae como consecuencia que el hijo, no se desarrolle de una forma natural, y que mejor manera que suspender el ejercicio de la patria potestad, mientras se resuelva la causa que le dio origen.

Los casos de suspensión de la patria potestad son:

- 1.- Por la incapacidad declarada judicialmente en los casos del artículo 432.
- 2.- Por la ausencia declarada en forma.
- 3.- Por haber sido condenado á alguna pena que lleve consigo la suspensión.

Consideramos un error del legislador establecer que las mujeres pueden renunciar a los derechos de la patria potestad, en relación con sus hijos, así como establecer que ésta recaerá en el ascendiente que sigue, ó si no lo hay, se nombrará un tutor al menor. De lo cual no estamos de acuerdo, no se le puede dar a la madre la facultad de renunciar a un derecho que se puede considerar que es irrenunciable ya que la patria potestad es una institución de carácter público y establecida en beneficio de los menores sujetos a ella, no puede ser objeto de ninguna modificación. Ante todo debe tomarse en cuenta la protección del menor.

Por último su artículo 299 (144) hace mención a los casos en que la madre puede recuperar la patria potestad, diciendo que tendrá que volver a enviudar, para recobrar los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias.

(144).- Ibidem. p. 36.

III.- CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ.

En el Código Civil del Estado de Veracruz, se observo la substanciación y decisión de los negocios judiciales a partir del 5 de mayo de 1869. Y por lo que se refiere a la patria potestad esta legislación reviste los mismos caracteres que la anterior, pues el capítulo referente a la patria potestad se aprecia la semejanza del Código Civil del Imperio Mexicano, y así el artículo 341, nos repite la disposición contenida en el artículo 269 del Código Civil del Imperio Mexicano de 1866 en relación a que los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honra y respeto a sus padres, asimismo los menores de edad, no emancipados, están bajo la patria potestad, mientras existe alguno de los ascendientes á quienes corresponda aquella según la ley.(145).

En general todas las disposiciones que se encuentran contenidas en el Capítulo I y II del Título Séptimo de este Código son muy semejantes a las especificadas en los mismos Capítulos y Título del Código Civil del Imperio Mexicano, por lo que consideramos innecesario volver a transcribir.

El capítulo III del ordenamiento estudiado denominado "De los modos de acabarse la patria potestad", contiene algunas diferencias en la redacción, pero consideramos que el contenido es el mismo. Mientras el Código Civil del Imperio Mexicano en su artículo 290 (146) dice "La patria potestad se acaba: 1º por la muerte del que la tiene, si no hubiere otro en quien recaiga, 2º por la emancipación, 3º por la mayor edad del hijo. El Código estudiado hace una distinción en su artículo 362 (147) fracción I menciona que la patria potestad se acaba, por la muerte de los padres ó del hijo. De lo anterior consideramos que

(145).- Código Civil del Imperio Mexicano. Ob. cit. p 33.

(146).- Ibidem.p. 35.

(147).- Código Civil del Estado de Veracruz Llave, Imprenta "El progreso", 1868.

ambos legisladores parten del mismo supuesto, la muerte del que ejerce la patria potestad, pero aún así el legislador del Código de Veracruz, se olvida, del contenido de su artículo 343 que a la letra dice: "Se ejerce por el padre ó en su falta por la madre: en falta de ambos por el abuelo paterno: en su falta por el materno". Es decir, de los ascendientes que a falta de los padres, entran a ejercer la patria potestad.

El artículo 363 del Código Civil de Veracruz, modifica al numeral 291 del Código Civil del Imperio de Mexicano, pues mientras aquel decía "Se perderá la patria potestad:

- 1.- Cuando el que la ejerce es condenado á alguna pena que lleve consigo la pérdida de este derecho.
- 2.- Cuando declarado el divorcio, tenga lugar la pérdida de la patria potestad.

Apreciamos que en el Código estudiado, se limita a decir "el padre perderá la patria potestad:

- 1.- Cuando sea condenado á alguna pena que lleve consigo la pérdida de este derecho.
- 2.- Cuando declarado el divorcio, tenga lugar la pérdida de la patria potestad.

Volvemos al mismo supuesto anterior al señalar la omisión que hace el legislador, al decir "el padre perderá la patria potestad", y no referirse a los que la ejercen. En nuestro Código Civil Vigente, ya el legislador tomo en cuenta a todas las personas que pueden perder la patria potestad al establecer en su artículo 444 (148). Los casos en que se pierde la patria potestad, por las personas que ejerzan la patria potestad, dando un marco más amplio, teniendo presente, no solo a los padres, sino a todos los demás ascendientes que puedan ejercerla.

(148). Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob. cit.p. 125.

Los tribunales, podrán privar al padre de ejercer la patria potestad, ó modificar su ejercicio, si tratase á sus hijos con excesiva dureza, ó si, siendo viudo, les diere preceptos, consejos ó ejemplos corruptores. De lo anterior encontramos una modificación al artículo 292 (149) del Código del Imperio Mexicano. Al referirse, nuevamente a la privación del padre, y no a la de los que la ejercen, pero cuando menciona al padre viudo, consideramos que la modificación realizada al mismo no es de mayor transcendencia, por el contrario, pues siguiendo al Código Civil del Imperio Mexicano, lo importante, es que los tribunales podrán privar a los que ejercen la patria potestad, en caso de causarle un perjuicio al hijo, y no por el hecho de ser casado, viudo, lo importante es la protección del menor, aunque tampoco estamos de acuerdo con una pérdida, más bien se daría una suspensión. De lo anterior más adelante señalaremos nuestra opinión.

La suspensión de la patria potestad, tiene innovaciones respecto a su fracción I artículo 293 (150) del Código del Imperio Mexicano que dice: "I.- Por Incapacidad del padre, declarada judicialmente. El Código estudiado hace referencia a esta incapacidad del padre como forma de suspensión, debiendo ser declarada judicialmente, agregando "en los casos del artículo 432 (151)".

Otra modificación, la observamos en su último párrafo del artículo en mención de la cual se transcribe "Fuera del caso en que la suspensión de la patria potestad proceda de demencia, perderá el padre el usufructo de los bienes del hijo", es decir el padre al cual se le haya suspendido el ejercicio de la patria potestad, por demencia, tendrá derecho al usufructo de los bienes del hijo.

(149). Código Civil del Imperio Mexicano. Ob.cit.p. 36.

(150).- Idem.

(151).- Código Civil del Estado de Veracruz Llave. Ob.cit. p.79.

Otras de sus modificaciones se regulan en sus artículos 366 y 367 que a la letra dicen: "La madre sucede al padre en la patria potestad, con todos sus derechos y obligaciones", "a falta de ambos, entran las personas llamadas por el artículo 343", los cuales sólo encontramos una reiteración de el artículo 343 del ordenamiento estudiado, ampliando el numeral del Código del Imperio Mexicano.

En el Código de Veracruz fueron tan pocas las modificaciones que se hicieron en cuanto a los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad. Los artículos 362 al 373 substituyendo el numeral del Código del Imperio Mexicano 294 al 299 que a parte que contiene los modos de perder, privar, suspender y acabar la patria potestad pasando casi integro al Código Civil de Veracruz. Por lo que consideramos muy reiterativo volver a mencionar.

Por último encontramos otra modificación, por lo que respecta a los hijos naturales en su artículo 374 del ordenamiento comentado. Se refiere a los supuestos en que éstos son reconocidos, siendo menores de edad, estarán bajo la patria potestad del padre ó la madre que lo reconozca, con la restricción de asegurar sus resultas, á satisfacción del Juez competente, no tendrán derecho al usufructo de los bienes del menor.(152)

(152).- Ibidem. p.75

IV. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870.

La institución de la patria potestad fue reglamentada en el Libro I, Título VIII que se dividió en tres capítulos, que comprendieron de los artículos 389 al 429.

En su artículo 389 decía: "Los hijos, cualquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar á sus padres y demás ascendientes".⁽¹⁵³⁾

El precepto transcrito, es una norma de derecho natural, no debiendo tomarse como una definición jurídica de la patria potestad, sino más bien como concepto moral. Apreciamos los principios éticos y morales que deben prevalecer entre los potestantes y los potestados, ya que, dispone que cualquiera que sea el estado en que se encuentren la edad y la condición, los hijos siempre deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. En el artículo subsecuente se desenvuelve ya en forma expresa la institución y nos señala que los hijos menores de edad, no emancipados están bajo la patria potestad, mientras existe alguno de los ascendientes á quienes corresponde aquella según la ley.⁽¹⁵⁴⁾

En el artículo 391 se menciona que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos.⁽¹⁵⁵⁾

La forma en que se va a ejercer la patria potestad queda dispuesta en el artículo 392 ⁽¹⁵⁶⁾ en el cual podemos apreciar la influencia de la legislación germana a diferencia de las disposiciones contenidas en el Código Francés, pues mientras en la primera se le concede el ejercicio de la patria potestad a la madre, en forma expresa,

(153).- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Imprenta. Dirigida por José Batiza, calle de Alfaro número 13. 1870. p. 389.

(154).- *Op.cit.* p. 46.

(155).- *Idem.*

(156).- *Ibid.*

en la segunda también le da esa facultad a la madre, pero únicamente durante la ausencia o incapacidad del padre cuando éste muere. En cambio, en nuestro Código Civil de 1870, ya se les da facultades al padre, a la madre y a los abuelos paterno y materno y en último término a las abuelas paterna y materna; entendiéndose que tratándose de éstos últimos, lo harán unos a falta de los otros y en el orden señalado.

Asimismo quedó previsto en el artículo 397 (157) que solo por muerte, interdicción ó ausencia del llamado preferente entrará al ejercicio de la patria potestad el que le siga en el orden establecido en el párrafo anterior y lo mismo se observará en el caso de que la madre, abuelos y abuelas renuncien a su derecho de ejercer la patria potestad, debiendo recaer tal ejercicio de la patria potestad en el ascendiente a quien corresponda según el artículo 392 del propio Código y en casos de no haberlo, se proveerá de tutor al menor conforme a derecho. En esta forma se puede apreciar que el legislador de 1870 tuvo buen cuidado de darle siempre protección el menor.

Siguiendo nuestras costumbres y el desarrollo de la organización familiar mexicana, el legislador de 1870 en su artículo 394 dispuso que mientras el hijo estuviere bajo la patria potestad no podría dejar la casa del que la ejerce, sin permiso de este ó decreto de la autoridad pública competente; por lo que respeta a lo anterior podemos decir que la finalidad del legislador fue lograr una cohesión familiar y el control, en su forma más completa, del desarrollo de los menores, pues además al potestante se le creó la obligación de educar al hijo que tuviere bajo su patria potestad en una forma conveniente, esto quiere decir, a nuestro modo de ver, que la conveniencia estribaba en orientar y proporcionar al menor los medios morales y económicos para que pudieran desenvolverse en sociedad.(158).

(157).- Ibidem. p. 46.

(158).- Idem.

En igual forma se otorgó la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente, como lo dice el artículo número 396 (159), que al parecer se encuentra complementado con el artículo 398 (160) que dispone que en defecto del padre, el ascendiente a quien corresponda la patria potestad, ejercerá la facultad de corregir y castigar. Cuando por cualquier medio no sea posible o se imposibilite al potestante a hacer uso de esta facultad, las autoridades auxiliarán a los padres para que ejerzan dicha facultad y siempre y cuando sean requeridos para ello.

El artículo 397 (161) dice: "las autoridades auxiliarán a los padres en el ejercicio de esta facultad de una manera prudente y moderada, cuando sean requeridas para ello". Consideramos que esta disposición es limitativa pues como se desprende del mismo artículo, no se otorga el derecho de acudir en demanda de auxilio de las autoridades, para ejercer la facultad de corregir y castigar, a los demás ascendientes, o en su caso, a quien se encuentre ejerciendo la patria potestad, por lo que creemos que dicho artículo hubiere cumplido su cometido ampliando el auxilio de las autoridades a todos los que estuvieren ejerciendo la patria potestad, sin limitarlo exclusivamente a los padres.

Existe además la disposición que da el derecho de representación de los menores a los que ejercen la patria potestad y la incapacidad de los potestados para comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del que ejerce la patria potestad regulada en el artículo 399 (162). Esta es una medida muy acertada pues se presume que los menores que se encuentran sujetos a la patria

(159).- Ibid.

(160).- Ibidem. p. 47.

(161).- Ibid.

(162).- Ibid.

potestad no tienen aún la capacidad suficiente ni la experiencia para actuar en forma libre, obligándose o contratando en cualquier forma, por lo que hace necesaria la intervención directa de los que ejercen la patria potestad para, que en su representación contraten y se obliguen.

El Capítulo II del Título Octavo del Código Civil de 1870 se ocupa de la reglamentación de los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo y así el artículo 400 de dicho cuerpo de leyes dice que el que ejerce la patria potestad, es legítimo representante de los que están bajo de ella y administrador legal de los bienes que les pertenecen conforme a las prescripciones de dicho Código⁽¹⁶³⁾.

La división que se hace respecto de los bienes del hijo mientras se encuentra bajo la patria potestad conforme al artículo 401 ⁽¹⁶⁴⁾ es de cinco clases, a saber:

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

Los bienes comprendidos en el inciso "a" anterior tienen como característica que la propiedad pertenece al hijo y la administración al padre, el cual podrá conceder al hijo la administración, y señalarle en los frutos la porción que estime conveniente. Si el padre no hace esta designación el hijo tendrá la mitad de los frutos.

(163).-Ibid.

(164).- Ibid.

Los bienes comprendidos en los incisos "b", "c" y "d", son propiedad del hijo y a él le corresponde la mitad del usufructo de los mismos, en tanto que la administración y la otra mitad del usufructo corresponden al padre. Sin embargo, el padre podrá ceder al hijo la administración o la mitad del usufructo que le corresponda, o en su caso, ambas cosas.

Los bienes comprendidos en el último inciso, pertenecen en todos sus aspectos al hijo, tanto en la propiedad como en la administración y el usufructo; esto es comprensible ya que si se trata de bienes que fueron adquiridos por propio esfuerzo y trabajo de potestado, justo es que no se le prive de ninguna facultad ni ejercicio sobre dichos bienes, aunque en una forma moral, más no legal, está obligado a participar del usufructo de los mismos a sus padres o a quien ejerza la patria potestad sobre de él.

De los artículos 402 al 414 (165) del capítulo que estamos analizando reglamenta en forma precisa los réditos y rentas que produzcan los bienes, las prohibiciones de enajenar y gravar los bienes de los menores por parte de los padres y en general, todas las formas del uso, goce y disfrute de los bienes.

Por lo que se refiere a los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, contenidas en el Código Civil de 1870 mencionaremos las siguientes:

El artículo 415 (166) nos dice que la patria potestad se acaba de tres formas:

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

Las formas anteriores estimamos que pueden dividirse en dos órdenes; uno de orden natural por lo que se refiere al inciso "a", pues esta forma de acabarse la

(165).- Ibid.

(166).- Ibidem.p. 48

patria potestad obedece a un hecho natural que trae como consecuencia la extinción de todos los derechos de la persona, pero debemos ver que en lo que se refiere a la institución, ésta no se acaba, si no que en el caso de que el menor deba continuar bajo el ejercicio de la patria potestad, debe nombrársele un tutor que ejercite esta facultad y en consecuencia, creemos que la patria potestad en el supuesto analizado, se acaba en cuanto se refiere a la persona que estaba ejerciéndola, pero en ningún momento a la institución, pues ésta, debe de continuar sobre el menor, en forma de tutela.

Por lo que se refiere a los otros dos supuestos podemos decir que corresponden a un orden legal y debidos a situaciones ostensibles, previstas en forma precisa en esta misma legislación.

La forma de perder el ejercicio de la patria potestad se reduce a dos supuestos en el artículo 416 (167) de este Código, que son:

- a) Cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho.
- b) En los casos señalados por los artículos 268 y 271 del mismo ordenamiento, que se refieren a los casos de divorcio que adelante comentaremos.

Consideramos importante hacer notar que la legislación mexicana utiliza en los diferentes casos los términos acabar, perder, privar, suspender, denunciar y recobrar, por lo que se crea a nuestro modo de ver en algunas ocasiones, cierta confusión como lo vemos en el artículo 417 que dice: "los tribunales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce, ó modificar su ejercicio, si se trata á los que están en ella con excesiva severidad, no los educan, o les imponen preceptos inmorales ó les dan ejemplos ó consejos corruptores"(168).

(167).- Idem.

(168).- Ibidem.p. 49

Como se desprende de este artículo se habla de una privación de la patria potestad, pero no especifica que clase de privación por lo que se confunde o con una suspensión o con la pérdida, pues en la continuación del artículo se habla de la modificación del ejercicio de la patria potestad, lo que hace pensar que si se priva de la patria potestad o se modifica su ejercicio, entonces esta privación es una suspensión temporal en cambio de la lectura del artículo que estamos analizando en su parte subsiguiente se puede pensar después de haber estudiado la legislación francesa que se trata de una pérdida del ejercicio de la patria potestad, por las causas que en el mismo se señalan. Insistiendo que el término privar da lugar a cierta confusión en la forma antes mencionada. El artículo 418 prevé la suspensión de la patria potestad y nos señala las causas diciendo:

a) Por incapacidad declarada judicialmente en los casos II y III del artículo 431⁽¹⁶⁹⁾ que dice: "Tienen incapacidad natural y legal: II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lucidos. III.- Los sordomudos que no saben leer y escribir. En este caso no se especifica qué clase de suspensión se va a aplicar concretamente pues en el supuesto de la fracción II del artículo 431, puede suceder que desaparezca la incapacidad y entonces obvio es que opere la recuperación del ejercicio de la patria potestad, motivo por el cual opinamos que hubo una omisión legislativa, pues no se especificó si se trataría de una suspensión temporal, parcial, es decir sobre algunas facultades de la patria potestad, o de una suspensión definitiva que equivaldría a la pérdida o terminación del ejercicio de la patria potestad.

Por lo que se refiere a la fracción III del artículo 431, estimamos que la intención del legislador fue la de decretar una suspensión de la patria potestad en forma definitiva, lo que equivale a una pérdida del ejercicio de la patria potestad, pues en

(169).- Ibidem. p. 50

dicho supuesto se trata de personas que no llevarán el cometido con la diligencia que requiere el ejercicio de la patria potestad.

b) En el caso 1º del artículo 432 en cuanto a la administración de los bienes dice: "Tienen incapacidad legal: 1.- Los pródigos declarados conforme a las leyes. 2.- Los menores de edad legalmente emancipados, para los negocios judiciales, esta precepción legislativa es eminentemente proteccionista - económica, pues se trata de no darles injerencia en la administración de bienes de los menores que se encuentren sujetos a la patria potestad, a personas que por su incapacidad, negligencia o falta de tino, no han sabido llevar en una forma normal su vida y que, en esa virtud se les ha declarado pródigos, y consecuentemente ineptos para manejar los bienes de otra persona, pues si lo hicieren sería un perjuicio de la propiedad ajena.(170).

c) Por la ausencia declarada en forma. Esto es de una forma más clara, pues si la persona que es la indicada o la designada legalmente para que ejerza la patria potestad no lo hace de hecho, porque se ha ausentado y posiblemente hasta abandonado exponiendo al menor del que es responsable legalmente, lógico es también que de derecho se le suspenda en el ejercicio de la patria potestad; lo que el legislador omitió en nuestra opinión fue señalar qué clase de suspensión se aplicaría en este caso, pues puede darse el caso que el ausente regrese y en tal virtud trate de ejercitar la patria potestad sobre el menor, si aún estuviese sujeto a ella y en dicho supuesto, nos encontramos frente a un caso de recuperación de la patria potestad.

d) Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión. Se vuelve a incurrir en el mismo error u omisión de no señalar que clase de suspensión se va a aplicar a no ser que en la misma sentencia se decrete.

(170).- Idem.

Cuando los padres han sido suspendidos en el ejercicio de la patria potestad por demencia, tienen derecho a conservar el usufructo de los bienes del menor. Esta disposición que se encuentra contenida en el artículo 429 (171) lleva implícita, por una parte, una suspensión parcial en las facultades de la patria potestad, ya que le concede el derecho al usufructo de los bienes del hijo menor que se encuentra bajo la patria potestad y por otra parte, debe entenderse que queda abierta la acción para demandar la recuperación de las facultades que le fueron suspendidas, una vez que desaparezca la incapacidad por la que fue decretada la suspensión.

Los artículos 420 al 422 (172) contemplan los casos en que el padre tiene la facultad de nombrar en su testamento a la madre y a las abuelas en su caso, uno o más consultores, cuyo dictamen hayan de oír, para los actos que aquel determine expresamente. Sin embargo esta facultad le es negada al padre que al tiempo de morir, no se hallare en ejercicio de la patria potestad, aunque el nombramiento se haya hecho en testamento anterior a la pérdida o suspensión del derecho de ejercer la patria potestad, pero cuando la suspensión se funde en ausencia o locura, valdrá el nombramiento, si se hizo anterior a la declaración de ausencia o a la enajenación mental.

El artículo 423 (173) del Código que estamos comentando, nos señala otra causa de privación del ejercicio de la patria potestad, al decimos que la madre o abuela que dejare de oír el dictamen del consultor o consultores, podrá ser privada, en juicio contradictorio, con audiencia del Ministerio Público, de toda su autoridad y derechos sobre sus hijos y nietos a instancia de aquellos, pero el acto ejercido no se anulará por este sólo motivo. Nos volvemos a encontrar en este precepto con la falta de precisión respecto a la sanción, ya que en los términos referidos no se trata de

(171).- Ibidem. p. 49.

(172).- Idem.

(173).- Ibid.

una privación que puede ser temporal sino de la pérdida de la patria potestad. Ahora bien debe considerarse primeramente la causa generadora de la sanción.

Más adelante en su artículo 424 (174) nos encontramos con la posibilidad o poder que tiene la madre, los abuelos y las abuelas para renunciar al ejercicio de la patria potestad como derecho, debiendo recaer este ejercicio en el ascendiente a quien corresponda según la ley y si no la hay, se proveerá de tutor al menor, conforme á derecho. Debemos fijarnos que esta legislación habla de la patria potestad como un derecho aún cuando le asignan las únicas obligaciones al potestante de educar y administrar los bienes del menor, pero en general se piensa en un derecho conservando los matices que caracterizaron a la institución de la patria potestad en el Derecho romano.

Por otra parte se acepta la renuncia de una obligación que es lo que debe entenderse, como se aprecia en una concepción moderna, pues la patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones.

Los artículos 426 y 427 nos señalan los casos de pérdida de la patria potestad y al efecto nos dice el primero: "La madre ó abuela viuda que da á luz á un hijo ilegítimo, pierde los derechos que le concede el artículo 392" (175). Esto debe entenderse que solamente opera cuando la madre o abuela se encontraban en pleno ejercicio de la patria potestad. El otro artículo nos dice: "La madre ó abuela que pasa á segundas nupcias, pierde la patria potestad. Si no hubiere persona en quien recaiga, se proveerá a la tutela conforme á la ley" (176). En el presente caso al igual que el anterior solamente opera la pérdida cuando la madre o abuela hayan entrado al ejercicio de la patria potestad.

(174).- Ibid.

(175).- Ibidem. p. 46.

(176).- Ibidem. p. 49.

Otras formas que nos señala en Código de 1870 en relación a la pérdida de la patria potestad, se encuentran contenidas en los artículos 268 y 271 que respectivamente nos dicen: "Ejecutoriado el divorcio quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a los artículos 546, 547, 555 y 556 en su respectivo caso". "El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente pero los recobrará muerto éste, si el divorcio se ha declarado por las causas 3ª, 5ª y 6ª señaladas en el artículo 240"(177).

Lo anterior es muy claro ya que se trata como lo hemos dicho de la protección del menor, consecuentemente se le declaraba perdido todo derecho a ejercer la patria potestad al cónyuge que ha sido condenado culpable en la sentencia del divorcio.

En el mismo Código de 1870 y en el caso en que se refiere la fracción I del artículo 432 (178) en relación con los artículos 418 y 495 (179) del mismo ordenamiento, se desprende que hay una suspensión parcial, pues dicha fracción se refiere a la incapacidad que tienen los pródigos declarados conforme a las leyes para ejercer la patria potestad y el 495 (176) dice: "el pródigo conserva igualmente sobre las personas de su consorte y de sus hijos los derechos de autoridad marital y paterna, pero en el ejercicio de esta autoridad respecto de los bienes del cónyuge o hijos estará sujeto al tutor". Esto quiere decir que solamente hay una disminución en las facultades de la patria potestad, ya que solamente se le suspende al pródigo en cuanto a la administración de los bienes como lo provee la fracción II del artículo

(177).- Idem.

(178).- Ibidem. p. 50.

(179).- Ibidem. p. 48.

(180).- Ibidem. p. 53.

418 del Código Civil de 1870, pero continúa en el ejercicio de las demás facultades y obligaciones inherentes a la patria potestad. Sin embargo existe la posibilidad de que el que ha sido declarado pródigo recupere la potestad de la patria potestad en la que fue suspendido, ósea la administración de los bienes del cónyuge y potestado, pero siempre y cuando pruebe en debida forma su conducta y consiente en ello el jurado y el Ministerio Público con previa audiencia del tutor para que la tutela del pródigo cese. Esta acción no la puede ejercitar antes de los tres años en que fue declarado pródigo y así lo dispone el artículo 482 (181) del mismo ordenamiento.

Si ocurre este supuesto y el pródigo queda capacitado nuevamente, tiene acción para pedir la recuperación del ejercicio de la administración de los bienes del menor que se encuentran bajo la patria potestad del pródigo y que cese de inmediato en esta forma la suspensión que le había sido decretada de acuerdo con el artículo 418.

En el propio Código encontramos el derecho que tienen de nombrar tutor en su testamento los que ejerzan la patria potestad, no importa que sean menores, incluyendo al desheredado y al póstumo. (182)

Este derecho lleva implícito también un impedimento para los que conforme al artículo 392 puedan ejercer la patria potestad, en ausencia, interdicción o muerte del llamado preferente y que la esté ejerciendo, no pueden nunca ejercer la patria potestad, por haber sido excluidos en el testamento, al nombrar el que la estaba ejerciendo un tutor al potestado. El nombramiento del tutor testamentario hecho por el padre o por la madre excluye de la patria potestad a los ascendientes en quienes hubiera que recaer ese derecho en defecto del padre o de la madre artículo 530. El padre no puede excluir de la patria potestad a la madre artículo 531 (183)

(181).- Ibidem. p. 49

(182).- Idem.

(183).- Ibidem. p. 51.

El nombramiento del tutor hecho por cualquiera otro ascendiente excluye de la patria potestad al cónyuge del testador y los demás ascendientes que debieran ejercerla sean de la línea y grado que fueren.

En el caso del artículo 530 si el ascendiente en que debe recaer la patria potestad es de segundo u ulterior grado, y a la muerte del testador está impedido de ejercer aquella, cesando el impedimento, cesa la tutela y el ascendiente entra al ejercicio de la patria potestad, a no ser que el testador haya declarado expresamente, que la tutela continúe aún después que haya cesado el impedimento.

Aún cuando el artículo 415 del Código de 1870 fracción III señala que la patria potestad se acaba por la mayor edad del hijo, el artículo 695 (184) del mismo Código nos muestra una restricción para las mujeres, ya que dice: "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. Sin embargo las mujeres mayores de 21 años pero menores de 30 no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre en cuya compañía se hallen, si no fuere para casarse, o cuando el padre y la madre hayan contraído nuevo matrimonio".

Debe entenderse la segunda parte de este artículo como una continuación parcial de la patria potestad de quien la ejerce sobre las mujeres que aún cuando han alcanzado la mayoría de edad, están obligadas a acatar esta disposición, pese a lo dispuesto por el artículo 415 del Código que dice: "Que la patria potestad se acaba" fracción III.- Por mayor edad del hijo, pues en este supuesto los padres continúan en ejercicio de una facultad de la patria potestad y las hijas continúan con la obligación correlativa de la misma institución de la patria potestad, específicamente las que les señalan los artículos 389 y 394 (185) del Código de 1870.

Las formas de recuperación de la patria potestad previstas en el Código Civil de 1870 son las siguientes:

(184).- Ibidem. p. 62.

(185).- Ibidem. 48.

En el artículo 429 se dice: "La madre ó abuela que volviese á enviudar, recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias, salvo lo dispuesto respecto de bienes sujetos á reserva"(186).

Este artículo aunque señala la facultad que tiene la madre y abuela para recuperar el ejercicio de la patria potestad, no la precisa pues solamente habla de recobrar los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias, y creemos que el legislador debió ser más explícito, no importa que no se trate de una situación de fondo, pues en sí, el artículo tiene el mismo espíritu .

Respecto de lo anterior, la madre o abuela que enviuden de las segundas nupcias y que habían perdido la patria potestad por haber contraído segundas nupcias, pueden ejercitar la acción que les concede el artículo 429, ósea recuperar los derechos perdidos por las nupcias segundas y a virtud de ella el tutor que estaba en el ejercicio de la patria potestad, pierde este derecho de inmediato.

En los casos de divorcio, el cónyuge culpable puede recuperar la patria potestad, si la causal de divorcio y la sentencia que se dictó fue con motivo de la incitación o violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; el abandono sin justa causa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años y la sevicia del marido con su mujer o de ésta con aquél, pero siempre y cuando el cónyuge inocente que este en ejercicio de la patria potestad muera.

Sin embargo aunque el padre o la madre pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, según nos dice el artículo 270 (187), de lo que se desprende entonces que no pierden por completo el ejercicio de la patria potestad, sino que únicamente pierden los derechos que tienen al ejercer esta institución, más no las obligaciones que les acarrea la misma. Con lo anterior queda analizado el Código Civil de 1870.

(186).- Ibidem. p. 49.

(187).- Ibidem. p. 43.

**V. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA
BAJA CALIFORNIA DE 1884.**

Este Código Civil para el Distrito Federal y de la Baja California entró en vigor el 31 de marzo de 1884. Y por lo que se refiere a la patria potestad esta legislación reviste los mismos caracteres que la anterior, pues en el capítulo referente a la patria potestad se aprecia la influencia del código anterior, y así el artículo 363, nos repite la disposición contenida en el artículo 389 del Código de 1870 en el sentido de que los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar á sus padres y demás ascendientes, asimismo los menores de edad, no emancipados, están bajo la patria potestad, mientras existe alguno de los ascendientes á quienes corresponda aquella según la ley.(188)

En general todas las disposiciones que se encuentran contenidas en el Capítulo I del Título Octavo de este Código son iguales a las especificadas en el mismo Capítulo y Título del Código de 1870, por lo que consideramos innecesario volver a mencionar.

El artículo 375 del Código de 1884, modifica al numeral 400 del ordenamiento de 1870, pues mientras aquel dividía los bienes del hijo que se encontraba bajo la patria potestad en cinco clases, éste Código lo hace dividiendo los bienes en seis clases a saber:

- 1.- Bienes que proceden de donación del padre;
- 2.- Bienes que proceden de herencia o legado del padre;

(188). Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, México, Impr. de F. Díaz de León. 1884.
p. 46.

- 3.-Bienes que proceden de donación, herencia o legado de la madre ó de los abuelos, aun cuando aquella, ó alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad;
- 4.-Bienes que proceden de donación, herencia o legado de los parientes colaterales o de personas extrañas, aunque éstos y los de la 3ª. clase se hayan donado en consideración al padre;
- 5.-Bienes debidos á don de la fortuna;
- 6.-Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto, sea cual fuere.(189).

Como podemos apreciar en este Código, solamente se agregó la segunda clase de bienes y en cuanto a las tercera y cuarta de esta enumeración, solamente agregaron herencias y legados, en lo general la división y clasificación de bienes quedó igual, sólo con los agregados e innovaciones que se han dicho.

Encontramos otra modificación, respecto a la administración y usufructo de los bienes, mientras en el Código de 1870 solamente disfrutaba del usufructo de los bienes del menor el padre; y con relación de los bienes que se comprenden en la segunda, tercera, cuarta y quinta clase de la división que se hace en este Código, se amplía la concepción y se modifica la redacción, en el sentido de que la administración y la mitad del usufructo de los bienes de la segunda a la cuarta clase, corresponderán a la persona que ejerza la patria potestad, contemplado en sus artículos 376 y 377 y no solamente al padre, como se decía en la legislación anterior.(190)

El Capítulo correspondiente a los bienes, también fue objeto de pequeñas modificaciones y adiciones, que consideramos no hacer mención, por no ser de fondo para el objeto de este estudio.

(189).- Ob. cit. p. 47.

(190).- Idem.

A. DE LOS MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD.

En el Código de 1884 fueron tan pocas las modificaciones que se hicieron en este aspecto que a parte que contiene los modos de perder, privar, suspender y acabar la patria potestad no sufrió ninguna modificación ni mucho menos adición y pasó íntegra del Código Civil de 1870 al de 1884.

Tanto el Código de 1870 como el Código de 1884, titulan a su Capítulo Tercero del Título Octavo "De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad" y en realidad ambos capítulos contienen además de esto, los modos de privación, de pérdida e inclusive de recuperación de la patria potestad, por lo cual debió especificarse y ampliarse el título de dicho capítulo.

El artículo 388 (191) del Código de 1884 nos indica las causas de extinción de la patria potestad, a saber:

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

La primera forma de extinguirse la patria potestad consideramos que se acaba en cuanto se refiere a la persona que estaba ejerciéndola, pero en ningún momento a la institución, pues ésta debe de continuar sobre el menor en forma de tutela.

La segunda forma de extinguirse la patria potestad es la emancipación y a este respecto es necesario aclarar que existen dos formas de emancipación; una la que efectúa la persona que ejerce la patria potestad sobre el menor que ha cumplido 18 años y es menor de 21, pero siempre que haya la aprobación de un juez.

(191).- Ibidem. p. 49.

La otra forma de emancipación, se alcanza por el matrimonio del menor, no importa que el matrimonio se disuelva posteriormente por divorcio o por muerte de alguno de los cónyuges, en cuyo caso y aún cuando el sobreviviente sea menor de edad, no será objeto de la patria potestad nuevamente pues ambas formas son irrevocables.

La tercera forma de extinguirse la patria potestad es una situación que de acuerdo con el Código de 1884 al igual que el de 1870, solamente favorece a los varones, ya que a las mujeres aunque alcanzaran la mayoría de edad pero que fueran menores de 30 años, no podrían dejar la casa paterna sin el consentimiento del padre o de la madre, como ya se ha especificado anteriormente y solo cuando vayan a contraer matrimonio o que su padre o madre pasen a segundas nupcias, podrán dejar el hogar paterno.

En el Código de 1884 aumentan las causales de divorcio contempladas en su artículo 227 y entre ellas las que originan la pérdida de la patria potestad para el cónyuge que resulte culpable en la sentencia y el cual solamente podrá recuperar la patria potestad a la muerte del cónyuge inocente, dichas causas de divorcio son, la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro, la acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro y la infracción de las capitulaciones matrimoniales.(192).

En el artículo 399 (193) del Código que estamos comentando, encontramos una variación en la redacción al artículo correspondiente del Código de 1870, pues la nueva redacción dice que la madre ó abuela viuda en mancebía o da á luz un hijo ilegítimo, pierde los derechos que le concede el artículo 366, este artículo señala las personas que pueden ejercer la patria potestad, es decir, en este caso la madre o

(192).- Ibidem. p. 49.

(193).- Ibidem. p. 50.

abuela viuda en mancebía al dar a luz un hijo ilegítimo, pierde el ejercicio de la patria potestad. De la lectura de éste artículo se desprende otra causa de pérdida de la patria potestad.

Otra modificación que se encuentra en este Código es la supresión que se hace a la disposición del Código de 1870 que enunciaba la forma de recuperar la patria potestad por parte de la madre o abuela que enviudaran en segundas nupcias ya que a dicho artículo se le suprime la parte final que tenía y que decía "salvo lo dispuesto respecto de bienes sujetos á reserva".(194)

En el mismo ordenamiento legal y en el artículo 396 (195) se habla de una privación de toda la autoridad y derechos sobre sus hijos o nietos, a la madre o abuela que dejare de oír el dictamen de consultor ó consultores. Se vuelve a caer en esta disposición en el mismo error que padecen la mayoría de los ordenamientos que se ocupan de la privación de la patria potestad, ya que no se precisa si la privación va a ser temporal o definitiva, en cuyo caso nos encontraríamos frente a una pérdida de la patria potestad y no a una privación. Por otra parte la imprecisión de este artículo deja a la madre y a la abuela incapacitadas para ejercitar la acción de recuperación de la patria potestad, cuando purgaron la falta de desobediencia al consultor o consultores que se les hubieren designado.

(194).- Idem.

(195).- Ibidem. p. 49.

VI. LEY DE DIVORCIO DE 1914.

Promulgada por Don Venustiano Carranza, en Veracruz en 1914, establecía por primera vez en México, tanto el divorcio vincular por mutuo consentimiento, como el divorcio vincular necesario, aboliendo el sistema de separación de cuerpos establecido en los Códigos de 1870 y 1884, considerada como el antecedente inmediato de la Ley de Relaciones Familiares.

Esta ley tuvo su fundamento según el considerando de dicha ley, el cual a continuación transcribimos.

"Que el matrimonio tiene por objetos esenciales la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda de los contrayentes por soportar las cargas de la vida; que, en esa virtud, se contrae siempre en concepto de unión definitiva, pues los cónyuges al unirse entienden conseguir por ese medio la realización de sus más altos ideales pero, desgraciadamente, no siempre se alcanzan los fines para los cuales fue contraído el matrimonio y, por excepcionales que puedan ser estos casos, la ley debe juntamente atender a remediarlos, relevando a los cónyuges de la obligación de permanecer unidos durante toda la existencia, es un estado irregular contrario a la naturaleza y a las necesidades humanas;

"Que lo que hasta ahora se ha llamado divorcio en nuestra legislación, o sea, la simple separación de los consortes sin disolver el vínculo, única forma que permitió la ley de 14 de diciembre de 1874, lejos de satisfacer la necesidad social de reducir a su mínima expresión las consecuencias de las uniones desgraciadas, sólo crea una situación irregular, peor que la que trata de remediarse, porque fomenta la discordia entre las familias, lastimando hondamente los afectos entre padres e hijos, y extendiendo la desmoralización en la sociedad;

"Que esa simple separación de los consortes crea, además, una situación anómala de duración indefinida, que es contraria a la naturaleza y al derecho que tiene todo se

humano que procurar su bienestar y la satisfacción de sus necesidades, por cuanto condena a los cónyuges separados a perpetua inhabilidad para los más altos fines de la vida;

"Que la experiencia y el ejemplo de las naciones civilizadas enseñan que el divorcio que disuelve el vínculo es el único medio de subsanar, hasta donde es posible, los errores de uniones que no pueden subsistir;

"Que admitiendo el principio establecido por nuestras leyes de Reforma, de que el matrimonio es un contrato civil, formado por la espontánea y libre voluntad de los contrayentes, es absurdo que deba sustituir cuando esa voluntad falta por completo, o cuando existan causas que hagan definitivamente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias;

"Que tratándose de uniones que, por irreductible incompatibilidad de caracteres, tuvieran que deshacerse por voluntad de las partes, se hace solamente necesario cerciorarse de la definitiva voluntad de esos cónyuges para divorciarse, y de imposibilidad absoluta de remediar sus desavenencias o de resolver sus crisis, lo cual puede comprobarse por el transcurso de un período racional de tiempo, desde la celebración del matrimonio hasta que se permita su disolución, para convencerse así de que la desunión moral de los cónyuges es irreparable;

"Que por otra parte, el divorcio por consentimiento mutuo es un medio discreto de cubrir las culpas graves de alguno de los cónyuges por medio de la voluntad de ambos para divorciarse, sin necesidad de dejar sobre las respectivas familias, o sobre los hijos, la mancha de la deshonor".(196).

"Que además es bien conocida la circunstancia de que el matrimonio entre las clases desheredadas en este país es excepcional, realizándose la mayor parte;

"Que además, es un hecho fuera de toda duda que en las clases medias de México la mujer, debido a sus condiciones especiales de educación y costumbres de dichas clases, está incapacitada para la lucha económica por la vida, de donde resulta que la mujer de cuyo matrimonio llega a ser un fracaso se convierte en una víctima del marido, se encuentra en una condición de esclavitud de la cual le es imposible salir si la ley no la emancipa desvinculándola del marido, que en efecto, en la clase media la separación es casi siempre por culpa del marido, pero sin duda el establecimiento del divorcio tendería, principalmente a nuestra clase media, a levantar a la mujer y a darles posibilidades de emanciparse de la condición de esclavitud que en la actualidad tiene;

"Que, por otra parte la institución de divorcio no encontraría obstáculo serio de las clases elevadas y cultas, supuesto que las enseñanzas de otros países en donde se encuentra establecido, las tienen acostumbradas a mirar el divorcio que disuelve el vínculo como perfectamente natural;

"Que la experiencia de países, tan cultos como Inglaterra, Francia y Estados Unidos de Norteamérica ha demostrado ya, hasta la evidencia, que el divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad, porque, facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, citando la multiplicidad de los concubinatos y, por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres públicas, da mayor estabilidad a los efectos y relaciones conyugales, asegura la felicidad de mayor número de familias y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que por error o ligereza, fueron al matrimonio a pagar su falta con la esclavitud de toda su vida;

"Que si bien la aceptación del divorcio que disuelve el vínculo es el medio directo de corregir una verdadera necesidad social, debe tenerse en cuenta que sólo se trata de un caso de excepción, y no de un estado que sea la condición general de los hombres en sociedad; por lo cual es preciso, reducirlo sólo a los casos en que la mala condición de los consortes ya irreparable en forma que no sea su absoluta separación. (197)

(197).- Ob. cit. p. 430.

De lo anteriormente transcrito, observamos el criterio de Don Venustiano Carranza para establecer la Ley de Divorcio, que a nuestro juicio fue una ley que estableció una nueva etapa en materia familiar al permitir la disolución del vínculo conyugal. Para comprender y analizar la importancia de esta ley, consideramos oportuno referirnos a los antecedentes establecidos en el código de 1870 y 1884, en los cuales sólo existía el llamado divorcio necesario con efectos de una sola separación de cuerpos, sin dejar a los divorciados en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

El Código Civil de 1870 comprendió las siguientes causales de divorcio:

- 1.- Por el adulterio de uno de los cónyuges.
- 2.- La proposición del marido de prostituir a su mujer, ya sea directamente, o en la prueba de que recibió dinero para realizarla.
- 3.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge a otro para la comisión de un delito, aunque no sea carnal.
- 4.- El conato de cualquiera de los cónyuges para corromper a los hijos o su anuencia para ello.
- 5.- El abandono injustificado del hogar conyugal, por más de dos años.
- 6.- La sevicia del marido con su mujer, o de ésta para con él.
- 7.- Acusación falsa de un cónyuge al otro.

En el Código Civil de 1884, se reproducen estas siete causas de divorcio, pero además se agregan las siguientes:

- 1.- El hecho de que la mujer dé a luz en el matrimonio a un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo.
- 2.- La negativa de uno de los cónyuges de suministrar alimentos conforme a la ley.

3.- Los vicios incorregibles del juego o embriaguez.

4.- Una enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y de la cual no se haya tenido conocimiento el cónyuge.

5.- La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

Además, este Código reglamentó el divorcio por separación de cuerpos a través del mutuo consentimiento de los consortes.

Rojina Villegas menciona que la Ley de 1914 ya no hace una enumeración de causas, y de acuerdo con su exposición de motivos, se ve el propósito primero de terminar con el régimen de simple separación de cuerpos que se consideró funesto para las relaciones matrimoniales, por considerar que implicaba una situación anómala, irregular, que sólo fomentaba hasta el odio, las malas pasiones, no sólo entre los cónyuges que continuaban unidos en contra de su voluntad, sino incluso se reflejaban en los hijos y en los demás parientes, sobre todo entre las familias de ambos consortes, que el matrimonio debería quedar disuelto ya definitivamente, recobrando cada cónyuge su aptitud o capacidad para celebrar nuevas nupcias, bien cuando hubiera mutuo consentimiento, después de tres años de vida conyugal, término que se consideró necesario para que los cónyuges estuviesen verdaderamente seguros de que entre ellos no podrían realizar los fines del matrimonio; o en cualquier tiempo, si hubiese causas que de plano imposibilitaran o hicieran indebidos los fines del matrimonio, o bien, que implicaran faltas graves que rompieran definitivamente la armonía conyugal. Por esto, en su primer artículo se dice en la ley del 29 de diciembre de 1914. "El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de algunos de los cónyuges. Disuelto el matrimonio pueden contraer una nueva unión legítima."

Para su mejor estudio transcribimos a continuación los considerandos y los dos únicos artículos de la repetida ley de 1914. (198).

La Ley del Divorcio de 1914 en sus artículos prevé lo siguiente:

"Art. 1º.- Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley del 14 de diciembre de 1874.

"Fracción IX.- El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de 3 años de celebrado, o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebido la realización de los fines del matrimonio o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

Artículo 2º.- Entre tanto se establece el orden Constitucional en la República, los Gobernadores de los Estados Unidos quedan autorizados para hacer en los respectivos Códigos Civiles, las modificaciones necesarias, a fin de que esta Ley pueda tener aplicación.

"Constitución y Reformas "

Ver., 29 de Dic. 1914.

Por causas graves, que originan el divorcio se estipulaban:

- 1) Impotencia incurable para la cópula, por impedir la perpetuación de la especie.
- 2) Enfermedades crónicas e incurables que fueron contagiosas o hereditarias.
- 3) El abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común, ya no se podían cumplir los fines matrimoniales.
- 4) Faltas graves de uno de los cónyuges para con otro.

(198).- Ibidem. p. 427.

- 5) Delitos de un cónyuge contra un tercero que arroja una mancha irreparable.
- 6) Prostitución de la mujer, en actos directos o en tolerancia.
- 7) Corrupción de los hijos.
- 8) Incumplimiento en alimentos para con los hijos o cónyuge y abandono en condiciones aflictivas de un cónyuge o de los hijos. (199)

Compartimos el criterio de el Dr. Julián Guitrón Fuentevilla al considerar que fue muy acertada la protección social de esta ley, al regularizar a la sociedad y a la familia, pues éstas se estaban promiscuyendo por el concubinato, por la proliferación de hijos ilegítimos y por el amargo resabio dejado por una legislación que había bloqueado el camino para formar nuevos caminos legítimos, en armonía con la dignidad humana. Rompiendo con los moldes tradicionales de la indisolubilidad del matrimonio, permitiendo la ruptura del vínculo conyugal, demostrando que desde su promulgación, ha sido de mayores beneficios al permitir a los cónyuges separarse, que tenerlos atados para toda la vida. (200)

A nuestro juicio esta Ley, marca claramente una etapa tanto para los cónyuges como para los hijos menores de éstos, a los cónyuges como ya lo hemos reiterado establece el divorcio vincular necesario y el divorcio vincular por mutuo consentimiento. A partir de las modificaciones que se realizaron a los respectivos Códigos Civiles, para que esta ley tuviera aplicación. En el Código de 1884 se aumentan las causales de divorcio contempladas en su artículo 227, y entre ellas las que originan la pérdida de la patria potestad, para el cónyuge que resulte culpables en la sentencia, el cual solo podrá recuperar la patria potestad a la muerte del cónyuge inocente, dichas causales de divorcio

(199).- Guitrón Fuentevilla Julián, Derecho Familiar. Ob.cit. p. 102.

(200).- Idem. p. 103.

son, la sevicia, la amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro, la acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro y la infracción e las capitulaciones matrimoniales. (201)

De lo anterior consideramos que la Ley de Divorcio de 1914, marca un punto de partida, para reforzar, como sanción para el cónyuge culpable, la pérdida de la patria potestad, por lo que hace a la causa generadora del mismo. Mientras el Código de 1870 y 1884, decían, el último de éstos en su artículo 389 fracción II: "La patria potestad se pierde" en los casos señalados por los artículos 245 y 248, que a su vez se referían a los casos en que el cónyuge culpable, se le privaría de la patria potestad, perdiendo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos mientras viva el cónyuge inocente. (202)

El artículo 444 del Código de 1932 ya establece claramente en su fracción II, que la pérdida de la patria potestad se dará en los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone su artículo 283, que en 1983 se reformó para dar al Juez familiar poder omnímodo para que él a su juicio, a su criterio, y atendiendo a razones de "pesos" determine a quien le toca la patria potestad ante el conflicto de un divorcio. (203)

De lo anterior se desprende, que una vez reformado el artículo 283 y suprimiendo el que determinaba a quién correspondía la patria potestad, tomando en cuenta la causal de divorcio, sancionando al cónyuge culpable y dando al Juez las mas amplias facultades para decidir a quien corresponde la patria potestad, independientemente de la causa que genere el divorcio, según su criterio. Lo que nuestro juicio, fue un grave error del legislador dejar al criterio de un juez, el decidir a quien corresponde la patria potestad. Dando como resultado, que la patria potestad, se considere como un botín que se lleva el mejor postor.

(201).- Código Civil del Distrito Federal, 1884. Ob.cit. p. 49.

(202).- Ob. cit. p. 32.

(203).- Código Civil del Distrito Federal, 1932. Ob.cit. p. 103.

VII.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.

En la Ley de Relaciones Familiares podemos observar en su exposición de motivos, uno de los considerados que la comisión redactora, tuvo presente para la promulgación del Capítulo referente a la patria potestad, que dice:

"En cuanto a la patria potestad no teniendo ya por objeto beneficiar al que la ejerce, y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre hombre y mujer, se ha creído conveniente establecer que se ejerza conjuntamente por el padre y la madre, y en defecto de éstos por el abuelo y abuela, pues ningún motivo hay para excluir de ella a la mujer, que por razones naturales se ha sacrificado por el hijo más que el padre mismo, por lo que respecto a los bienes del hijo, se ha creído oportuno suprimir la clasificación establecida por el Código Civil, lo cual no es sino reminiscencia de los peculios que establecía el Derecho romano y no tenía más objeto que beneficiar al padre, por todo lo cual se ha creído conveniente establecer que los bienes del hijo sean administrados de acuerdo con los ascendientes que ejerzan la patria potestad, quienes en cualquier caso disfrutarán como remuneración de sus trabajos la mitad del usufructo de dichos bienes, mitad que será divisible entre ambos ascendientes" (204).

De lo anteriormente transcrito, se desprende, que algunas de las disposiciones de esta legislación que vamos a examinar representaron verdaderas innovaciones, en lo relativo a la patria potestad.

En el artículo 240 el legislador, hace a un lado la distinción de los hijos y coloca a todos en un plano de igualdad, dándole en esta forma al menor lo que en justicia natural le pertenece "La Patria Potestad se ejerce sobre la persona y los

(204).- Ley Sobre Relaciones Familiares. Edición Económica. México, 1917. pág. 13.

bienes de los hijos legítimos, de los legitimados, de los naturales y de los adoptivos"(205). Por lo que se refiere a la tutela podemos decir que se asemeja a la patria potestad, de la lectura del art. 383 (206), podemos deducir ello, a saber: "El tutor está obligado a alimentar y a educar al menor; a cuidar de su persona; a administrar sus bienes y a representarle en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio y el reconocimiento de los hijos, el testamento y otros de la misma clase.

Por lo que se refiere a las personas que pueden ejercer la patria potestad encontramos otra modificación y aquí ratificando lo manifestado en la exposición de motivos, modifica con el artículo 241(207) el numeral 366 del Código de 1884, que dice:

La patria potestad se ejerce:

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

De la lectura de este precepto se aprecia ya la igualdad de derechos para el hombre y la mujer, para el ejercicio de la patria potestad, y sólo en lo que se refiere a los ascendientes se da preferencia a los abuelos paternos sobre los maternos.

Solamente por el impedimento de todos los llamados preferentes, entrarán en el ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en el artículo anterior, según lo dispone el artículo 263. Esta nueva disposición suprime la posibilidad de renuncia por parte de la madre, abuelos y abuelas, debiendo recaer la patria potestad en el ascendiente que corresponda según la ley.(208)

(205).- Ob.cit. p.71.

(206).- Ibidem. p.98.

(207).- Ibidem. p.71.

(208).- Ibidem. p.72.

Sin embargo en esta nueva disposición se encuentra todavía preferencia hacia el varón, al indicar que a falta de los padres entrarán en el ejercicio de la patria potestad los abuelos paternos antes que los maternos. Nosotros opinamos que a falta de los padres debería entrar en el ejercicio de la patria potestad el ascendiente o ascendientes según el caso, para darle una mejor formación en todos los aspectos, ya que en el aspecto moral o sentimental creemos que tanto los abuelos paternos como los maternos deben colocarse en igualdad de circunstancias sin dar preferencia a ninguno de ellos.

Dentro del articulado correspondiente a las obligaciones de los que ejercen la patria potestad, no sufren modificaciones de fondo y solamente en lo que respecta a la redacción observamos una ligera variante sin que cambie el contenido de los preceptos de la Legislación Civil de 1884.

El artículo 248 dice: "Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes será el padre o el abuelo, pero consultará en todos los negocios a su consorte, y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración. El padre o el abuelo en su caso, representarán también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente". (209)

En este precepto se aprecia nuevamente la preferencia que se le da al varón para ejercitar el derecho de administración con la sola restricción de consultar los negocios con su consorte y debe obtener el consentimiento expreso para todos los actos más importantes de la administración.

(209).- Ibidem.p. 73.

El artículo 253 de esta Ley modifica al 383 del Código de 1884 en la redacción en el sentido de que ya no se habla solamente de la extinción del derecho de usufructo concedido al padre, sino que esta disposición ya dice que el derecho de usufructo concedido a los que ejercen la patria potestad se extingue, y especifica las mismas tres causas que se señalan en el Código de 1884, la primera causa de extinción se refiere a la mayor edad de los hijos suprimiendo la "emancipación", en virtud de que ésta extingue la patria potestad, lo que a su vez concluye el derecho de su usufructo.(210)

Esta Ley en otra de sus innovaciones en su artículo 255, nos dice que los que ejercen la patria potestad no tienen obligación de dar cuenta de su gerencia más que respecto de los bienes y frutos que no les pertenezcan y además de que en todos los casos en que los que ejercen la patria potestad tengan un interés opuesto al de sus hijos menores, serán estos representados en juicio o fuera de él. (204)

El Juez puede conceder licencia a los que ejercen la patria potestad para enajenar un bien inmueble o mueble precioso perteneciente al menor, pero deberá tomar las medidas necesarias para asegurar que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destina y para que el resto se invierta adquiriendo un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Los Jueces tienen la facultad de tomar las medidas necesarias para asegurar los bienes del hijo, siempre que el que ejerce la patria potestad los administre mal derrochándolos o haciéndolos sufrir pérdidas de consideración. Estas medidas solamente las tomará el juez a petición de la madre o de la abuela, cuando fuere el padre el que administre o el abuelo, o del abuelo cuando fuere la madre la que estuviere administrando, o de los hermanos mayores del menor, o de este mismo

(210).- Ibidem.p. 74.

(211).- Idein.

cuando hubiere cumplido 14 años o del Ministerio Público, regulado en sus artículos 257 y 258. (212)

En estas disposiciones encontramos una finalidad eminentemente proteccionista - económica, ya que se trata por parte del legislador de prever todas las situaciones posibles en que el menor pudiera sufrir alguna disminución o pérdida en su haber patrimonial, dándole inclusive participación a un tercero ajeno a su familia, como lo es el Ministerio Público.

A. MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD.

Respecto de las causas por las cuales la patria potestad se acaba, esta Ley en su artículo 259 (213) fracción III agrega que la patria potestad se acaba: "Por la emancipación en los términos del artículo 479". Este precepto se refiere a los efectos que produce el matrimonio respecto del menor, operando con el vínculo matrimonial la emancipación de derecho y una vez sucedido esto el menor no volverá a recaer en la patria potestad, aunque el matrimonio se disuelva por muerte o divorcio.(214)

Los preceptos que se refieren a la emancipación, dicen que ésta sólo surtirá efectos respecto de la persona del menor, pero no respecto de sus bienes, los que continuarán en la administración del que o los que ejercen la patria potestad o del tutor en su caso, y además el menor emancipado seguirá representado en juicio por el que ejerza la patria potestad o tutor hasta que llegue a la mayor edad. (215)

Por otra parte los jueces oyendo a los que ejercen la patria potestad, o al tutor en su caso o al menor podrá acordar que se conceda a éste, una vez que haya

(212).- Ibid.

(213).- Ibidem. p.75.

(214).- Ibidem. p. 112.

(215).- Ibidem. p. 113.

cumplido 18 años, la administración provisional de sus bienes siempre que se acredite su buena conducta y su actitud para el manejo de sus intereses pero quedará sujeto siempre a la vigilancia, a la dirección del que ejerce o de los que ejercen la patria potestad, o del tutor no pudiendo hacer contratos que impongan obligaciones ni enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces, sino es con los requisitos y formalidades exigidos por la Ley, conforme al artículo 477.(216)

Todas estas disposiciones participan del espíritu proteccionista económico que el legislador les imprimió pues giran en torno del patrimonio de menor.

La ausencia del que ejerce la patria potestad sobre sus hijos menores produce una pérdida de este derecho, es decir del ejercicio de la institución, ya que si no hay ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley ni tutor testamentario ni legítimo; el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor. Para que pueda operar esta pérdida es necesario que la ausencia sea declarada en forma y una vez que haya transcurrido el término que la ley prevé, y hasta el momento en que se declare ausente al potestante, se perderá la patria potestad, pues puede suceder que en el ínterin se presente al que se le éste siguiendo el juicio de declaración de ausencia y en este caso no perderá el ejercicio de la patria potestad y se interrumpirá todo procedimiento, abundando en esta concepción e introduciendo una posible recuperación de la patria potestad, la fracción I del artículo 497 nos dice: "Que el cargo de representante acaba: 1.- Con el regreso del ausente, lo que quiere decir que si el que fue declarado ausente vuelve aún en tiempo de ejercer la patria potestad sobre sus hijos que se encuentren en la minoría de edad, podrá ejercer la acción de recuperación, pero estimamos que siempre probando de su ausencia se debió a una causa de fuerza mayor, que le impidió cumplir sus obligaciones como potestado.(217)

(216).- Idem.

(217).- Ibidem. p. 116.

B. CAUSAS DE PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

El artículo 260 (218) de la Ley de Relaciones Familiares se refiere a las causas por las cuales se pierde la patria potestad diciendo: "La patria potestad se pierde cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho, y en los casos señalados por los artículos 94 y 99 (219), que a su vez indican que, "ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fueren y no hubieren ascendientes en quienes recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor, conforme a la ley" y "el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

El único artículo que nos habla de la pérdida de la patria potestad es el 94 (213) que indica las dos formas de pérdida, cuando solamente es culpable un cónyuge o cuando ambos son culpables, en cuyo caso ambos se hacen acreedores a la pérdida de la patria potestad y el juez les nombrará un tutor.

C. SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

De acuerdo con las disposiciones que figuran en la Ley Sobre Relaciones Familiares, la patria potestad se suspende a los que la ejercen cuando caen o están

(218).- Ibidem. p. 75.

(219).- Ibidem. p. 44.

(220).- Ibidem. p. 43.

en un estado de interdicción, concretamente por demencia, perdiendo todos los derechos y facultades que les concede el ejercicio de la patria potestad y conservando únicamente el usufructo de los bienes del hijo menor. Este artículo, que es el 263 (221), consideramos que está incompleto pues solamente hace referencia al usufructo que debe percibir el padre o la persona que ejerza la patria potestad, respecto del hijo menor, debiendo decir de los sujetos a la patria potestad y no concretizarse al hijo menor, por considerar que no solamente el hijo menor es quien debe dar la mitad del usufructo de sus bienes, sino todos los menores que se encuentren sujetos a la patria potestad.

El artículo 266 y 267 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, hacen referencia a causas de pérdida de la patria potestad y dicen: "la madre o abuela viuda que ejerza la patria potestad perderá el derecho a ella, si vive en mancebía o da a luz un hijo ilegítimo. La abuela no tendrá derecho a entrar en el ejercicio de la patria potestad si viviere en mancebía o diera a luz un hijo ilegítimo antes de que recaiga en ella ese derecho" y " La madre o abuela que pasa a segundas nupcias pierde la patria potestad. Sino hubiere persona en quien recaiga, se preverá a la tutela conforme a la ley".(222)

El primero de los preceptos transcritos, presenta dos aspectos de la pérdida de la patria potestad uno que se refiere a la pérdida de la patria potestad sobre los menores cuando la estén ejerciendo la madre o abuela y vivan en mancebía y el otro aspecto se refiere a la pérdida de la patria potestad que va a ejercer la madre o abuela que den a luz un hijo ilegítimo.

Cuando por alguna circunstancia de las previstas en esta ley haya lugar a designar un tutor legítimo por parte del juez al menor, esta tutela, en ningún caso,

(221).- Ibidem. p. 75.

(222).- Ibidem. p. 76.

podrá ser ejercida por el segundo marido, según dice el artículo 268⁽²²³⁾, precepto que consideramos incompleto también, pues solo se refiere al caso de que la tutela se esté ejerciendo por una mujer, pero se aparta de preceptuar la situación de que sea el marido o el varón el que esté ejerciendo la tutela y en este caso, debería referirse el precepto a la mujer, o sea a la segunda cónyuge, por lo que en cuestión, debería completarse en la siguiente forma: "La tutela en ningún caso podrá recaer en el segundo cónyuge", esto es, sin referirse concretamente al hombre o la mujer.

Por lo que se refiere a los casos de recuperación de la patria potestad lo encontramos contemplado en el artículo 269 ⁽²²⁴⁾ que dice: "La madre o abuela que volviese a enviudar, recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias", observando nuevamente que esta legislación como en las anteriores, se les sigue dando preferencia al varón, ya que en las causas de pérdida de la patria potestad, solamente se refiere a la madre o abuela que pierden la patria potestad por haber contraído segundas nupcias, pero este mismo supuesto, puede presentarse en el hombre, y nuestras leyes civiles, no sancionan al varón que después de haber enviudado contraiga segundas nupcias y por este motivo, también se haga acreedor a perder la patria potestad, en este caso.

(223).- Idem.

(224).- Idem.

VIII. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES 1928. EN VIGOR A PARTIR DE 1932.

En el Código Civil Vigente, encontramos varias disposiciones que consagran diversas innovaciones y que son las contenidas en los artículos comprendidos del 415 al 419 inclusive así como el artículo 442, por lo demás solamente hay reformas y modificaciones las que en seguida veremos:

La personas que ejerzan la patria potestad lo harán directamente sobre los menores y los bienes de los mismos y su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los potestados, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal, conforme al artículo 413. (225)

A. PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

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

Como se puede observar de la simple lectura de este precepto que se ha transcrito y cuyo numeral es el 414 de nuestro Código Vigente, se ha considerado que los padres tienen la misma situación de los hijos y consecuentemente deben tener el mismo cúmulo de facultades y obligaciones dentro de la organización familiar, por lo que ha dispuesto que lo que en igualdad de circunstancias deben

(225).- Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, en materia común, y para toda la república en materia federal, México. D.F. 1928. p. 97.

ejercer la patria potestad sobre los menores, los padres y los demás ascendientes que conforme a este artículo tienen derecho a hacerlo.(226)

En los casos en que el hijo ha sido reconocido fuera del matrimonio y los padres viven juntos, ambos ejercerán la patria potestad, pero si viven separados se sujetarán primero al convenio que entre ellos tengan y si no lo hubiere o no lo hicieren, el Juez Pupilar o de Primera Instancia del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor, procurando que el mismo crezca y se desarrolle en un medio propicio para su buena formación tanto moral como educacional. Si los padres no vivieren juntos ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido al menor, salvo convenio en contrario entre los padres y siempre y cuando el Juez Pupilar de Primera Instancia del lugar no creyere necesario modificar dicho convenio por causa grave, y siempre con la audiencia de los interesados y del Ministerio Público.(227)

El artículo 417(228) se refiere a los casos en que "cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto los mismos, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo". Si llegaren a faltar los padres del hijo reconocido fuera del matrimonio, entrarán a ejercer la patria potestad los ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414 y siempre en el orden establecido en el mismo; es decir primero los abuelos paternos y después los abuelos maternos. Del contenido del artículo 417 se desprenden una renuncia y una pérdida de la patria potestad; una renuncia cuando los cónyuges se pongan de acuerdo sobre quien va

(226).- Ibidem. p. 98.

(227).- Idem.

(228).- Ibid.

ejercer la patria potestad, en cuyo caso el que no la ejerza será el renunciante. Hay una pérdida cuando por decreto judicial, sino se pusieron de acuerdo se ordena quien va ejercer la patria potestad y en este caso, pierde la patria potestad el cónyuge que no fue designado por el juez para ejercerla.

Por lo que se refiere al hijo adoptivo, únicamente las personas que lo adopten podrán ejercer la patria potestad sobre él, y los adoptantes tendrán respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de las personas y bienes de los hijos, e igualmente el adoptado tendrá para con la persona o personas los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo para con sus padres. Para que la adopción pueda tener lugar es necesario entre otras cosas que el que ejerce la patria potestad sobre el menor que trata de adoptar, dé su consentimiento, y en el caso de que el menor que se va adoptar tenga más de 14 años, es necesario que de su consentimiento para ello.(229)

La adopción puede revocarse cuando las partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad pero si no lo fuere es necesario que consientan en la revocación las personas que prestaron su consentimiento (230) y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 397, también la adopción se revoca por ingratitud del adoptado considerándose ingrato al adoptado, si comete algún delito que merezca una pena mayor de un año de prisión, contra la persona, la honra, o los bienes del adoptante, de su cónyuge de sus ascendientes o descendientes, o si el adoptado acusa judicialmente al adoptante, de algún delito grave que pudiera ser perseguido de oficio, aunque lo pruebe a no ser que hubiere sido contra el mismo adoptado, su cónyuge, sus ascendientes y descendientes; también se considera ingrato al adoptado que rehusa dar alimentos al adoptante que ha caído en pobreza.(231).

(229).- Idem.

(230).- Ibidem. p. 94.

(231).- Ibidem. p. 95.

La revocación de la adopción siempre tiene que ser decretada por un juez cuya resolución deja sin efecto la adopción y restituye las cosas al estado que guardaban éstas antes de efectuarse. De lo anterior se desprende, una implícita pérdida de la patria potestad por parte del adoptante y el derecho a solicitar la recuperación de la patria potestad por parte de quien la ejercía.

Las obligaciones que tiene el que ejerce la patria potestad, son entre otras para el potestante o potestantes, de educar convenientemente al menor, claro esta dentro de las posibilidades de cada quien, formarlo moralmente, darle alimentos, proporcionarle los medios económicos para que reciba la instrucción primaria o profesional, hasta lograr capacitarlo para hacerlo útil a la sociedad y asimismo, los hijos por su parte mientras estuvieren bajo la patria potestad, tienen la obligación de obedecer a sus padres, el impedimento de abandonar la casa de los que ejercen la patria potestad sobre de él, sin el permiso correspondiente o por decreto de la autoridad competente, conforme a lo establecido en los artículos 421 y 422.(232)

Si los padres o personas que ejercen la patria potestad no cumplen con la obligación de educar convenientemente al menor y esta actitud llega al conocimiento de los Consejos Locales de Tutela lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda, según el artículo 422.

Consideramos que la posible promoción que pudiera hacer el Ministerio Público a este respecto, sería la de solicitar al juez competente la suspensión en el ejercicio de la patria potestad para las personas que no cumplieran con la obligación que les impone el artículo 422 del Código Civil Vigente.(233)

Esta suspensión sería de carácter temporal, pues también consideramos que en cuanto los padres cumplieran con dicha obligación tendrían el derecho de volver a ejercer la patria potestad.

(232).- Ibidem. p. 98.

(233).- Idem.

Igualmente que en los Códigos anteriores se les otorga a los que ejercen la patria potestad, la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente y en el caso de que por la autoridad paternal no pudieren ejercitar esta facultad, tienen el derecho de acudir ante las autoridades para que éstas les auxilien, debiendo amonestar y corregir a los menores irrespetuosos, a efecto de que los potestantes sean obedecidos.

Nuestro Código actual supera en este aspecto a los Códigos de 1870 y 1884, en los que solamente se dispone que el padre tiene la facultad de corregir y castigar templada y mesuradamente a los menores y más adelante los mismos ordenamientos civiles hablan de que las autoridades auxiliarán a los padres en el ejercicio de esa facultad, lo que lleva implícito que también la madre tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos pero omite referir ésta misma facultad a las demás personas que ejerzan la patria potestad.

Podemos deducir que la disposición contenida en el artículo 423 (234) es muy amplia y se refiere a todos los que ejercen la patria potestad, otorgándoles la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente, solamente se aprecia un pequeño error de redacción, ya que este precepto habla de castigar a los hijos, pero puede ser que los potestados no sean precisamente los hijos, sin embargo el espíritu legislativo se orienta en esta disposición a todos los que estén bajo la patria potestad. Igualmente y para hacer uso de esta facultad el propio artículo concede a los que ejercen la patria potestad el derecho de acudir ante las autoridades para que los auxilien en la corrección y castigo de sus potestados, sin hacer ninguna distinción entre el hombre y la mujer.

Además de las obligaciones citadas el artículo 424 señala que, la patria potestad genera la de representación legal del menor y consecuentemente la

(234).- Ibidem. p. 99.

limitación para que el que ésta sujeto a la patria potestad no pueda comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin el consentimiento expreso de los que la ejercen y en caso de irracional disenso, el juez resolverá al respecto. (235)

Como ya lo mencionamos los que ejercen la patria potestad, están obligados a comparecer a juicio en nombre y representación de los potestados, pero con la limitación de no celebrar ningún arreglo para terminarlo, sino es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente, contemplado en su artículo 99.(236)

Esta disposición que se encuentra en el artículo 427 es limitativa para ambos cónyuges, pues ninguno puede determinar unilateralmente, sino que la determinación tendrá que ser mancomunada. El artículo 427 dice: "Que los ascendientes y los tutores no pueden transigir en nombre de las personas que tienen bajo su potestad o bajo su guarda a no ser que la transacción sea necesaria o útil para los intereses de los incapacitados previa autorización judicial.(237)

B. DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES DEL HIJO.

Por lo que se refiere a los efectos de la patria potestad el artículo 426 dice: "cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela o por los adoptantes, el administrador de los bienes será el

(235).- Idem.

(236).- Ibid.

(237).- Ibidem. p. 229.

varón; pero consultará en todos los negocios a su consorte, y requerirá su consentimiento expreso para los actos mas importantes de la administración"(238), nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

Respecto de la división de los bienes del hijo que se encuentre sujeto a la patria potestad, nuestro Código Vigente hace una división más completa y más simple a nuestro modo de ver porque sin especificar una por una las clases de los bienes forma dos grandes ramas, que comprenden en cada una, todos los bienes del menor conforme al artículo 428 (239), estas son:

I.- Bienes que adquiera por su trabajo;

II.- Bienes que adquiera por cualquiera otro título.

Por lo que se refiere a los primeros, pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo; en tanto que los bienes del segundo grupo, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo, por otra parte la administración y la otra parte del usufructo pertenecen a las personas que ejercen la patria potestad. Pero si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante, han dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo que se destine a un fin determinado así se hará conforme lo establecido en el artículo 430 (240). Aún cuando los padres tienen el derecho a la mitad del usufructo, pueden renunciar al mismo haciéndolo por escrito, o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda, lo que quiere decir que esta voluntad puede manifestarse también, ante un Notario Público, que dé fe de la manifestación, o ante testigos que en un momento dado puedan comprobar este hecho. La ley entiende como una donación la renuncia que

(238).- Ibidem. 99

(239).- Ibidem. p. 100.

(240).- Idem.

los padres hacen del usufructo a favor de los hijos. Una limitación, si puede llamarse así, apereibir o gozar del usufructo de los bienes del menor, es de que los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen dichos réditos y rentas solamente al menor y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona o personas que entren a ejercer la patria potestad de acuerdo a los artículos 431, 432, 433 (241). Es muy clara esta disposición pues no permite gozar a nadie de lo que todavía no ha trabajado, ósea que es necesario que primero exista la administración de los bienes por parte de quien ejerce la patria potestad, para que puedan tener derecho al usufructo del mismo.

El usufructuario antes de entrar en el goce de los bienes, ésta obligado, a formar a sus expensas, con citación del dueño un inventario de todos ellos, haciendo tasar los muebles y constar el estado en que se hayan los inmuebles y a dar la correspondiente fianza para garantizar el disfrute de las cosas con moderación y restituir las al propietario con sus acciones, al extinguirse el usufructo, no empeoradas, ni deterioradas, por su negligencia. (242)

En el caso de las personas que ejercen la patria potestad, y que usufructúan los bienes del menor tienen esta obligación, con excepción de la de dar fianza salvo en los siguientes casos, según el artículo 434, que dice:

- 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 notoria para los hijos. (243)

(241).- Ibid.

(242).- Ibid.

(243).- Idem.

Esta disposición, es eminentemente proteccionista para los intereses económicos de los menores, que se encuentran sujetos a la patria potestad y que sus administradores forzosos no son los suficientemente capacitados para que les conserven sus bienes, y también de no permitir que otra persona venga a intervenir en la administración de sus bienes sin que tenga ningún parentesco directo con el menor, pues se presume que esta nueva persona, podría prodigarse en el usufructo de los bienes del menor y en consecuencia crear una situación perjudicial para el potestado, por esta razón el legislador exigió que se otorgara fianza.

El artículo 435 (244) de nuestro Código Civil Vigente, establece que cuando por la ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción establecida por la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces. Esto quiere decir, que mientras no sea por la emancipación o bien por la mayoría de edad, el menor no podrá libremente disponer de sus bienes.

Igualmente existe la restricción para los que ejercen la patria potestad de no poder enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos, que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa autorización del juez competente.

Una vez más, observamos que el legislador, se ha preocupado por la protección de los bienes del potestado. Al igual, estableciendo que tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de 5 años, ni recibir la renta anticipada por más de 2 años; y otras más restricciones a que hace mención el legislador en su art. 436 II párrafo. (245)

(242).- Ibidem. p. 163.

(243).- Ibidem. p. 101.

(244).- Idem.

(245).- Ibid.

C. EXTINCIÓN, PERDIDA, SUSPENSIÓN Y RECUPERACIÓN DE LA PATRIA
POTESTAD.

El artículo 443 (246) se refiere a la forma en que se acaba la patria potestad substituyendo en su numeral al artículo 259 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, ambos señalan que son:

- I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II.- Con la emancipación;
- III.- Por la mayor edad del hijo.

Esta es la redacción de nuestro Código actual ya que la Ley Sobre Relaciones Familiares, tenía una diferente aunque en el fondo el contenido es el mismo y solo hay una supresión en la disposición actual en la fracción II, ya que en la Ley Sobre Relaciones Familiares la causal decía: "Por la emancipación en los términos del artículo 475" y esta parte final es la que suprime al Código de 1928.

En las formas de pérdida de la patria potestad, encontramos, de acuerdo con el código estudiado, que la primera es cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves, conforme a su artículo 444, en su fracc I (247).

La primera parte de esta forma o modo, no ofrece ningún problema, ya que en la sentencia se decreta en forma expresa la pérdida de la patria potestad, respecto de la parte final de la fracción que se analiza, opinamos que hay cierta imprecisión

(246).- Ibidem. p. 103.

(247).- Idem.

en la redacción, ya que solamente hablan de delitos graves, pero sin referir o ampliar esta concepción a decir, tales como el homicidio, las lesiones, el incesto, etc., de lo cual, consideramos que la gravedad de los delitos para que pueda decretarse la pérdida de la patria potestad, debe radicar en la intencionalidad y en el efecto que puedan causar en forma directa en la persona y bienes de los menores.

La fracción II del artículo 444 dice que la patria potestad se pierde, en los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 (248). El artículo últimamente mencionado dice en su parte primera que cuando la causa del divorcio fueren: el adulterio debidamente probado de alguno de los cónyuges; el hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse ese contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo, la propuesta del marido para prostituir a su mujer no solo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer, la incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no se sea de incontinencia carnal, los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción, la separación de la casa conyugal por más de 6 meses sin causa justificada, haber cometido alguno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena mayor de 2 años de prisión, 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 desavenencia conyugal, los hijos

(248).- Ibidem. p. 79.

quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable, pero si ambos lo fueren, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere se nombrará tutor.

La segunda parte del artículo 283 dice: "el divorcio por 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 entable la demanda de divorcio, la declaración de ausencia legalmente hecha por la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia, la sevicia, las amenazas o a injurias graves de un cónyuge para el otro, la negativa de los cónyuges de darse alimentos, la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de 2 años de prisión y el cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se trata de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalado en la ley una pena que pase de un año de prisión origina que los hijos queden bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de este el cónyuge culpable RECUPERA la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no hay quien la ejerza se le nombrará tutor.

Cuando la causa de divorcio sea el padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia curable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio o padecer enajenación mental incurable, la guarda de los menores será en poder del cónyuge

sano, pero no se decretará la pérdida de la patria potestad pues el cónyuge culpable conservara todos los derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, excepto los de guarda y custodia.

Aún cuando el padre y la madre, pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

La fracción III del artículo 444 que dice, que la patria potestad se pierde: "Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando estos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.(249)

En cuanto a los malos tratamientos, no debe considerarse como tal la facultad de corregir y castigar a los hijos, solamente que en dicho castigo o corrección se excedan los potestantes y les lleguen a causar lesiones, en cuyo caso además de perder la patria potestad se estará a lo dispuesto en los artículos 290, 291, 292 y 293 del Código Penal, según el grado de lesión que se le cause al menor, para fijar la penalidad, sin que se opere en su favor la excusa absolutoria de que habla el artículo 294 del mismo ordenamiento, debiéndose, estar en el caso que analizamos a lo dispuesto en el artículo 295 del propio cuerpo de leyes.(250)

El contenido de esta disposición es de que todas las personas que ejercen la patria potestad, tratan de formar a los menores en un ambiente estrictamente familiar, dándoles buenos ejemplos, sanos principios y proporcionándoles un hogar decente en el que vivan con seguridad.

(249).- Ibidem. p. 103.

(250).- Código Penal para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la república en materia federal. Editorial. Sista. S.A. de C.V. 2ª Edición México, D.F. p. 79.

La última fracción del artículo 444 que indica las formas de perder la patria potestad contempla la situación de que por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los deje abandonados por más de 6 meses, perderán el derecho a ejercer la patria potestad. Como se desprende del propio contenido de esta fracción se contemplan dos situaciones, la primera que es la que se deriva de la exposición que hagan los padres de sus hijos en cualquier casa de cuna, reclusión o asilo infantil, y en cuyo caso se estará a la sanción de la pérdida de la patria potestad. La otra situación es la del abandono del menor, que debe entenderse como tal, cuando los padres dejen en cualquier sitio en que no se le pueda proporcionar ayuda al infante por ninguna persona y en ese caso, también perderá la patria potestad. De lo anteriormente expuesto nosotros consideramos que no es propio referirnos a una pérdida de la patria potestad.

Nuestra nueva legislación civil ya no sanciona con la pérdida de la patria potestad a la madre o abuela que pasen a segundas nupcias, pero incurre en el mismo error que tuvo la Ley Sobre Relaciones Familiares al decir que el nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior, a lo que repetimos nuestro comentario de que no debe concretarse la situación solamente al marido, sino que debe hablarse en forma genérica, y redactarse, en la siguiente forma: "La patria potestad, en ningún caso podrá ser ejercida por el segundo cónyuge", de conformidad con el artículo 446 (251).

La suspensión de la patria potestad, según el artículo 447(252) procede: I.- Por incapacidad declarada judicialmente; II.- Por ausencia declarada en forma; III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

(251).- Ibidem. p. 104.

(252).- Idem.

Ahora bien en todos los casos de suspensión de que habla este Código se vuelve a incurrir en la falta de precisión, aunque se sobreentienda que la duración de la suspensión sólo será temporal, es decir que una vez que su subsane la causa puede recuperarse la patria potestad, en forma íntegra, y aceptando desde luego las condiciones en que se recupere, aún cuando no sean iguales que cuando a él que la ejercía le fue suspendido.

La primera fracción de este precepto se refiere a la suspensión de la patria potestad sobre todas aquellas personas que se encuentren en estado de interdicción y sean declaradas así por el juez, ya sea por estar privadas de inteligencia, por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos, porque sean sordomudos que no sepan leer ni escribir, por ser ebrios consuetudinarios, o por tener las costumbres de hacer uso de las drogas y enervantes. Cuando alguna persona que ejerza la patria potestad se encuentre dentro de algunos de los supuestos anteriores, y el juez así lo considere, se le suspenderá de inmediato ese derecho.

Por lo que respecto a los menores que se encontraban bajo la patria potestad del incapacitado, serán puestos bajo alguno de los ascendientes que pueda ejercer tal derecho conforme a la ley y si no lo hubiere se le nombrará tutor. El incapacitado una vez que quede rehabilitado podrá volver a ejercer la patria potestad de la que había sido suspendida, debiendo terminar la rehabilitación la autoridad judicial correspondiente.

Por lo que se refiere a la declaración de ausencia de que habla la fracción II del artículo 447, será necesario que dicha declaración sea hecha conforme a la ley, según lo dispone el título undécimo de nuestra legislación civil vigente (253). Durante el trámite de la declaración de ausencia, los menores quedarán bajo la

(253).- Ibidem .p. 198.

patria potestad del ascendiente a quien corresponda según la ley pero si no lo hubiere, se le designará tutor.

La suspensión de la patria potestad empieza a surtir sus efectos desde el momento en que es declarado legalmente ausente y termina hasta el momento en que regrese el ausente.

La tercera fracción del artículo 447 señala la suspensión de la patria potestad por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión. Debe entenderse esta fracción como una disposición que ratifica los puntos resolutivos de las sentencias tanto del orden civil como penal que imponen esta sanción.⁽²⁴⁷⁾

En todos los casos tanto de pérdida como de suspensión y tratándose especialmente de los casos de divorcio, los menores de 5 años se mantendrán al cuidado de la madre hasta que cumplan esta edad, a menos que la madre se dedique a la prostitución, al lenocinio, hubiere contraído el hábito de embriagarse, tuviere alguna enfermedad contagiosa o por su conducta ofreciere peligro grave para la salud o la moralidad de sus hijos.

Como la finalidad de la institución de la patria potestad es eminentemente proteccionista al menor, es lógico y aceptable que quienes se encuentran incapacitados para ejercerla puedan excusarse y renunciar a ejercer la patria potestad, de aquí que sean perfectamente aceptables los dos supuestos que contienen el artículo 448 ⁽²⁵⁵⁾ que son cuando a quien le corresponda ejercer la patria potestad tenga 60 años cumplidos o por su mal estado habitual de salud no pueda atender debidamente el desempeño de la patria potestad.

La única forma de recuperación de la patria potestad se encuentra en el artículo 283, que indica que el cónyuge culpable en el divorcio, recuperará la patria potestad a la muerte del cónyuge inocente.⁽²⁴⁹⁾

(254).- Ibidem. p. 104.

(255).- Idem.

(256).- Ibid.

IX.- CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE HIDALGO.

No podemos dejar de mencionar la importancia del Código Familiar de Hidalgo, por primera vez en México se promulga un Código Familiar separado de la materia civil, dándole al estado de Hidalgo una verdadera legislación, para bien del núcleo familiar.

El Código Familiar de Hidalgo en una de las materias más difíciles de reglamentar "La patria potestad" entre algunas de sus innovaciones, determina, suprimir la pérdida de la misma, como sanción; más adelante nos referiremos cuando en su numeral lleguemos a su estudio.

La patria potestad, se encuentra regulada en el Capítulo Vigésimo Segundo del Código Familiar de Hidalgo, sus disposiciones contienen grandes innovaciones, en la materia, con relación a nuestro actual Código Civil Vigente, el cual contiene las disposiciones que regulan nuestros conflictos familiares.

En su artículo 232 (257) conceptualiza a la patria potestad diciendo: "es el conjunto de derechos y obligaciones reconocidos y otorgados por la ley, a los padres y abuelos en relación á sus hijos o nietos, para cuidarlos, protegerlos y educarlos, así como sus bienes". Consideramos de suma importancia conceptualizar la patria potestad, para poder partir de un punto concreto para su estudio, sin embargo el Código Civil Vigente para el Distrito Federal deja a un lado el mismo.

Nosotros coincidimos, con el concepto establecido, en el Código estudiado; por lo que se refiere, al conjunto de derechos, que otorga el ejercicio de la patria potestad a los ascendientes, encontramos en primer lugar el de guarda, que

(257).- Górrón Fuentevilla, Julián. Legislación Familiar del Estado de Hidalgo, 7ª Edición, México, 1984. p.58.

consiste en la facultad que tienen las personas que la ejercen de cuidar y proteger los actos del menor, imponiendo correlativamente la obligación a los hijos sujetos a ella, a obedecer y permanecer en la casa e quien ejerce tal autoridad concedida.

Dentro de las obligaciones de quienes ejercen la patria potestad, son la de educar al hijo, abarcando los principios de moralidad o urbanidad, así como la instrucción.

La extinción de la patria potestad se encuentra contemplada en su artículo 233 que a la letra dice: "La patria potestad se extingue para los padres biológicos, cuando hayan dado a sus hijos en adopción."⁽²⁵⁸⁾ Asimismo se desprende que la misma será ejercida por los adoptantes y a falta de éstos por sus ascendientes, en la misma forma que la de un hijo biológico. ⁽²⁵⁹⁾

Dando una mayor amplitud al criterio establecido por el legislador del Código Civil Vigente el cual se limita diciendo en su artículo 419 ⁽²⁶⁰⁾ sólo las personas que adopten al menor ejercerán la patria potestad, olvidándose de los ascendientes de éstos.

El artículo 234 ⁽²⁶¹⁾ menciona "el hijo estará sujeto a la patria potestad, hasta la mayoría de edad", no considerando a la emancipación de los hijos menores de edad como causa que determine si éste puede estar sujeto o no a la patria potestad. Cambiando así la disposición contenida en el Código Civil Vigente, que se refiere a los casos en que el hijo menor de edad sea emancipado, no se encontrará sujeto a la patria potestad.⁽²⁶²⁾

(258).- Idem.

(259).- Ibid.

(260).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob.cit. p. 121.

(261).- Gutiérrez Fuentevilla Julián, Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Ob. Cit. p 58.

(262).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob.cit. p. 412.

Por lo que se refiere a las obligaciones del hijo, amplía la disposición contenida en el artículo 411 de el Código Civil Vigente que dice: "Los hijos cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes"⁽²⁶³⁾, el artículo 235 ⁽²⁶⁴⁾ del ordenamiento estudiado completa esta disposición diciendo: "El hijo debe honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, estando obligado a cuidarlos en su ancianidad, estado de interdicción o enfermedad, y proveer a sus necesidades en todas las circunstancias de la vida."

Una vez más encontramos, en estas disposiciones el carácter proteccionista para la familia.

Por lo que se refiere al ejercicio de la patria potestad, el artículo 236 ⁽²⁶⁵⁾ dice: "La patria potestad de los hijos, se ejerce por el padre y la madre, y en su defecto por los abuelos paternos o maternos, sin preferencia". Dejando atrás aquella preferencia que se le da al varón todavía, establecida en el artículo 414 ⁽²⁶⁶⁾ del Código Civil Vigente al señalar que la patria potestad, se ejerce sobre los hijos de matrimonio en las siguientes circunstancias:

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

Del cual se desprende claramente la preferencia dada a los abuelos paternos, sobre los maternos, al colocar en su inciso segundo a los abuelos paternos y en su inciso tercero a los abuelos maternos. Así nuevamente el Código Familiar de Hidalgo acertadamente establece una igualdad entre los abuelos paternos y maternos por lo que se refiere al ejercicio de la patria potestad, terminando con la

(263).- Ibidem. p. 120.

(264).- Gúitrón Fuentevilla Julián, Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Ob. Cit. p. 58.

(265).- Idem.

(266).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. p. 58.

preferencia que hasta nuestros días se le da al varón, en nuestro Código Civil Vigente.

En las disposiciones que se refieren al reconocimiento del hijo, no encontramos diferencia en cuanto al fondo, entre el Código Familiar de Hidalgo y el Código Civil actual, observando algunas modificaciones sólo en cuanto a la redacción, en sus artículos 237, 238 y 239 (267) del ordenamiento estudiado con relación a los artículos 415 y 416 del Código Civil Vigente.

Dentro de los deberes que tienen los que ejercen la patria potestad el artículo 242 (268) de la legislación de Hidalgo dice: "la patria potestad incluye el cuidado, educación y vigilancia de la persona y bienes del hijo. Siempre en beneficio de éste, la familia, la sociedad y el Estado". Una vez más el legislador se ha preocupado en buscar el beneficio más halla de la familia, pues es cierto, que los menores viven dentro de una familia que a la vez forma una sociedad y que la misma se encuentra sujeta a un Estado.

Para realizar los fines de la familia, la sociedad y el Estado, los padres deben prepararlos convenientemente, el art. 243 (269) dice: "Los padres deben guiar a sus hijos. Proporcionarles un desenvolvimiento moral, intelectual y físico adecuados. Prepararlos convenientemente para realizar los fines de la familia, la sociedad y el Estado, según sus aptitudes". Estamos totalmente de acuerdo con ésta disposición, porque todo ello a su vez da como resultado que el núcleo familiar, sea cada vez mejor y se logre una superación en la misma sociedad, así como en el propio Estado. Siempre con la finalidad de mejorar el estado familiar.

(267).- Gúitrón Fuentevilla Julián, Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Ob. Cit. p 59.

(268).- Ibidem. p.59.

(269).- Idem.

Observamos que tanto el Código Civil Vigente, como el Código Familiar de Hidalgo, por lo que se refiere a los derechos, facultades y deberes, que se conceden a las personas que ejercen la patria potestad coinciden, en que el Código Familiar de Hidalgo concede acción popular para denunciar los malos tratos a los menores, teniendo la facultad el Juez Familiar de suspender a los titulares de la patria potestad, de su ejercicio, y en los casos de conductas u omisiones que se tipifiquen como delitos, dará vista al Ministerio Público, para los efectos a que haya lugar.

Por lo que se refiere a la responsabilidad de las personas que ejercen la patria potestad el artículo 245 (270) dice: "responderán de los daños causados por los menores, cuando hayan sido ocasionados por culpa o negligencia de los titulares de la patria potestad.

El artículo 246 (271) del ordenamiento estudiado establece que la representación legal de los menores será ejercida por los titulares de la patria potestad, y si la ejercieren los dos, cada una fungirá como representante legal según lo convengan, el Código Civil Vigente en su artículo 425 (272) señala que los que ejerzan la patria potestad tendrán además de la representación legal del menor, la administración legal de los bienes que les pertenecen.

El artículo 254 (273) se refiere a los bienes muebles e inmuebles transmitidos al menor por donación o testamento, diciendo que se puede estipular que éstos no sean administrados por los padres, así como no permitirles el usufructo. Disposición importante, pues el hijo es libre de decidir si al adquirir estos bienes, considera pertinente que sus padres administren sus bienes.

(270).- Ibid.

(271).- Ibid.

(272).- Código Civil Vigente para el distrito Federal. p. 122.

(273).- Gúitrón Fuentevilla Julián., Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Ob. Cit. p. 60.

La extinción del usufructo de los padres encontramos otra innovación al decir que su artículo 255 (274) "El derecho al usufructo de las personas señaladas en los artículos anteriores, se extingue con la suspensión de la patria potestad", es decir se extingue el usufructo de los padres con la suspensión de la patria potestad, reduciendo, el art. 438 (275) del Código Civil Vigente que dice:

- I.- A la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos.
- II.- Por la pérdida de la patria potestad,
- III.- Por renuncia.

Del cual se desprende, que omite la pérdida de la patria potestad, a la cual más adelante, nos referiremos, y por último a la renuncia, considerando entonces en el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, que el usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad es irrenunciable.

En su artículo 259 (276) en forma precisa, dice: "Los arrendamientos de bienes de menores, llevan implícita la modalidad de terminar, al concluir la patria potestad. Dándole así una apertura al llevarse a cabo el arrendamiento, y no siendo limitativo como lo dice el artículo 436 (277) párrafo II, por lo que se refiere a las personas que ejercen la patria potestad, no podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de 5 años.

La administración la encontramos regulada en sus artículos 261, 262 y 263 (278) los cuales, de una manera más consciente, dicen que las personas que ejerzan la

(274).- Idem.

(275).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob.cit. p. 124.

(276).- Gutiérrez Fuentevilla Julián, Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Ob.cit. p. 60.

(277).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob.cit. p. 124

(278).- Gutiérrez Fuentevilla Julián. Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Ob.cit. p. 60

administración tienen la obligación de rendir cuentas anualmente, ante el juez familiar, hasta la terminación de la patria potestad, a diferencia del legislador del Código Civil Vigente, que deja a la interpretación el artículo 439, diciendo que los que ejercen la patria potestad, tienen la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos, dejando la incógnita, de ¿a quien ?. Por lo que se refiere a las medidas necesarias para impedir la mala administración coincide con nuestro Código Civil Vigente, el juez es quien se hará cargo, de supervisar, que todo se realice, en la forma dispuesta.(279)

Otra de las disposiciones que consideramos más importantes, y en la cual encontramos innovaciones en el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, con relación a las disposiciones del Código Civil Vigente, es en los casos en que se termina la patria potestad y dice el artículo 264 (280) "La patria potestad se termina:

- I.- Por muerte del titular, si no hay persona en quien recaiga,
- II.- Por la mayoría de edad del hijo,
- III.- Por la adopción del hijo, en cuyo caso la patria potestad se transmite al adoptante.

Olvidándose, con razón, de la emancipación derivada del matrimonio contenida en el Código Civil Vigente, es decir no por el hecho de que el hijo sea menor de edad y contraiga nupcias, se le tendrá por terminada la patria potestad, sino por el contrario, esta prevalecerá, terminando hasta que este tenga la mayoría de edad.

Como una de las más importantes aportaciones del Código Familiar de Hidalgo con respecto a la patria potestad, encontramos a la determinación de suprimir la

(279). Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob.cit. p.124

(280). Gúltrón Fuentevilla, Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Ob.cit. p. 61.

pérdida de la patria potestad, como sanción, acertadamente, considera que pierde más un hijo que se queda sin padre, que el padre que pierde un hijo. Y claramente podemos observar que suprime los casos de pérdida de la patria potestad contenidos en el Código Civil Vigente, en su art. 444 (274) fracción I y III, considerándolos únicamente como casos de suspensión de la misma, plasmándolos en su artículo 265 (282) del ordenamiento estudiado, que dice: "La patria potestad se suspende:

- I.- Por malos tratos al menor.
- II.- Por poner al menor en peligro de perder la vida.
- III.- Por causarle daños físicos o morales.
- IV.- Por afectar la moralidad del menor.
- V.- Por abandono del menor.
- VI.- Por condenar por delito grave al que la ejerce.
- VII.- Por la incapacidad del titular, declarada judicialmente.
- VIII.- Por ausencia declarada en forma.
- IX.- Por sentencia condenatoria, imponiendo como pena esta suspensión.

Su artículo 267 (283) plasma la restitución de la suspensión de la patria potestad, que al legislador del Código Civil Vigente, se le olvidó establecerlo en algún artículo de su Capítulo que se refiere a la patria potestad.

Por último, en su artículo 268 (277) se refiere a los casos en que los padres y abuelos que contraigan ulteriores matrimonios, no afectan a los que ejercen la patria potestad; aunque los nuevos cónyuges no podrán ejercerla.

(181). Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob.cit. p. 125.

(282). Gutiérrez Fuentevilla Julián. Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Ob. cit. p. 61.

(283).- Idem.

(284).- Ibid.

X.- CÓDIGO FAMILIAR DE EL ESTADO DE ZACATECAS.

Tanto en el Código Familiar del Estado de Zacatecas como en el Código Familiar de Hidalgo, encontramos plasmada la autonomía de las disposiciones de orden familiar, separadas del Código Civil de su Estado. A diferencia del Código Civil Vigente para el Distrito Federal en él que se reglamentan no solo los derechos de familia, sino algunas áreas del derecho público y el derecho social, es decir que todavía las disposiciones de orden familiar se encuentran inmersas en el mismo.

El legislador del ordenamiento estudiado así como cada uno de los legisladores de los Códigos analizados siguen el mismo lineamiento, por lo que se refiere a la patria potestad, al considerarla como un conjunto de facultades que suponen también deberes. Si bien es cierto que el Código de Zacatecas tiene innovaciones también es cierto que el mismo, realiza en su numeral modificaciones que consideramos no son de fondo, sino únicamente de redacción que probablemente el autor consideró necesarias para lograr una mejor interpretación.

La patria potestad la encontramos regulada de los artículos 370 al 407, en su Título Cuarto, que consta de tres capítulos. En relación con nuestro Código Civil Vigente cambia la denominación de su primer capítulo llamado: "De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos", suprimiéndole la palabra persona para quedar "De los efectos de la patria potestad respecto de los hijos" En nuestra opinión esta modificación no afecta al fondo.

El ejercicio de la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos, al igual que en el Código Civil Vigente, sin embargo el legislador de Zacatecas cambia su numeral dividiendo el contenido de el artículo 413 en dos artículos para establecer los artículos 372 y 373, (285) el primero dice: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y

(285).- Cajica M. José. Código Familiar del Estado de Zacatecas, 1986, p. 206.

los bienes de los hijos", el segundo "Su ejercicio quedará sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con las leyes aplicables. De lo anterior consideramos acertada la modificación que se realiza al último artículo al señalar "a las leyes aplicables y no como se hace en el Código Vigente, al limitar a las modalidades de dos leyes, siendo que nuestro derecho es tan dinámico que se puede crear otra ley que necesariamente se debe tomar en consideración en relación con lo dicho anteriormente.

Consideramos que para el legislador de Zacatecas es necesario dejar bien claro, que el ejercicio de la patria potestad se ejercerá por el padre y la madre conjuntamente; es decir que no haya duda alguna, sobre la igualdad de la madre y el padre para ejercer la misma, para evitar una interpretación errónea de lo que pretende el legislador, ampliando la redacción del artículo 414 del Código Vigente, al establecer en su artículo 374 (286) fracción I que dice: "La patria potestad se ejerce; por el padre y la madre conjuntamente".

El ejercicio de la patria potestad por lo que se refiere al reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio reviste el mismo contenido establecido en el Código Civil Vigente para el Distrito Federal, por consiguiente consideramos innecesario volver a mencionar. Respecto a los hijos adoptivos amplía sus disposiciones y las contempla en sus artículos 376 y 377 (287), el primero de ellos dice: "Si el hijo es adoptivo y la adopción la hizo un matrimonio, ambos cónyuges conjuntamente ejercerán la patria potestad sobre él" y el segundo "Si sólo fue adoptado por una persona, a ésta corresponde ejercer la patria potestad". En nuestra opinión es importante lograr una mayor y exacta interpretación de los mismos, coincidiendo en que estos supuestos al regularse en un Código Familiar se tiene la oportunidad, de regular los casos de una forma mas concreta.

(286).- Ibidem. p. 207.

(287).- Ibidem. p. 208

Dentro de una más de sus innovaciones encontramos en su artículo 378 (288) la respuesta a la desigualdad que tienen los abuelos paternos y maternos en relación a su ejercicio de la patria potestad, en el supuesto de que los llamados preferentes se encuentren impedidos para ejercerla, estableciendo "que solamente por falta o impedimento del padre y de la madre, la patria potestad corresponde al abuelo y a la abuela paternos y maternos. Estableciendo una igualdad entre éstos, sin privilegios para ninguno de ellos, considerando más bien el mejor desenvolvimiento de los menores y no por esto necesariamente nos referimos al aspecto económico.

Dentro de la facultades que gozan los que ejercen la patria potestad, son la de corregir y castigar mesuradamente al hijo que se encuentre bajo de ésta. Así como educarlo convenientemente según lo dispone el artículo 380 del mismo ordenamiento. Observamos que en el Código Civil vigente lo considera como una obligación de las personas que ejercen la patria potestad, en su artículo 422 párrafo I (289).

Las personas que ejerzan la patria potestad, en caso necesario, podrán ser auxiliadas con las facultades que concede la ley, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo necesario, según lo dispone el artículo 381 (290) del ordenamiento estudiado.

Asimismo, cuando las personas que tengan el ejercicio de la misma, no cumplan, con los deberes que ella les impone, y esto llegare a conocimiento del Juez, éste deberá hacer saber al Ministerio Público oponiendo en éste mismo párrafo, la misma obligación del Ministerio Público, cuando ésta información llegue a su conocimiento por otro medio distinto (291).

(288).- Idem.

(289).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob.cit. p. 121

(290).- Código Familiar del Estado de Zacatecas. Ob. cit. p. 209.

(291).- Idem.

En nuestra opinión el legislador acertadamente suprime la idea de "Consejos Locales de Tutela" estableciendo en el Código Vigente en el artículo 422 párrafo II, al decir que al tener conocimiento los Consejos Locales de Tutela de un incumplimiento de deberes, por quienes ejercen la patria potestad, deberá avisar al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda. Considerando que usa el término Juez, en lugar de Consejos Locales de Tutela, porque realmente quien tiene la obligación, es la persona en sí investida del cargo, y que sobre todo, lo que a él le interesa, siempre es la protección de los menores. Porque puede evadirse la responsabilidad de las personas, que en sí forman parte de estos Consejos Locales de Tutela. Haciendo referencia, que el Ministerio Público tendrá al igual la obligación de realizar lo que corresponda, en el supuesto de que, los hechos en mención lleguen a su conocimiento por otro medio.

El Código Civil Vigente, le da facultades al Juez, para que en caso de conflicto en el cual se pretenda hacer comparecer en juicio, aquél que esta sujeto a la patria potestad, sin el consentimiento de los que ejerzan éste derecho, resuelva el Juez. Nuevamente el Código de Zacatecas, no da opción al juez de decidir en esta situación. No dando opción, para que haya interpretaciones distintas sino que se limita diciendo en su artículo 383 "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" (292). Por lo que podemos afirmar que no debe haber duda en el contenido del mismo artículo.

Los efectos de la patria potestad respecto a los hijos, al igual que en el Código Civil Vigente se contemplan en su capítulo II.

La administración de los bienes del hijo, la ejercerán los que tengan el ejercicio sobre la patria potestad. Pero cuando éstos bienes los obtenga por su trabajo, la administración

(292).- Ibidem. p. 210.

recaerá en el hijo que está sujeto a la misma. Establecido en su párrafo II del artículo 384 (293), sin embargo en el Código de Zacatecas a diferencia del Código Civil Vigente, cambia alguna de sus palabras, consideramos que para mejor interpretación, mientras el Código de Zacatecas se refiere a los que están sujetos, el Código Vigente, "hace mención" a los que están bajo de la patria potestad.

Por otro lado cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes ambos de una forma conjunta tendrán la administración y representación legal del menor sujeto a la misma. Así como también representación en juicio a los menores una vez más, se plasma una igualdad entre la madre y el padre, además de darle a ambos, en este caso para la administración de sus bienes, el derecho de hacerlo de una manera conjunta, logrando la intervención de ambos y no como lo establece el Código Civil Vigente al decir en su artículo 426 (294), que la administración le corresponde solo a uno de ellos, aunque hace la aclaración que siempre consultará en todos los negocios a el otro y asimismo requerirá su consentimiento expreso.

Por lo que se refiere a la facultad, que tienen los que ejercen la patria potestad, en cuanto a la posibilidad de enajenar y gravar los bienes inmuebles o muebles de los hijos, así como también por lo que se refiere, a la clasificación de los bienes, su administración, usufructo, extinción de los mismos se tendrá por reproducido lo establecido en el Código Civil Vigente para lo cual por no ser muy reiterativos, consideramos no necesario volver a transcribir. Aunque es pertinente mencionar que el legislador del Código de Zacatecas al hacer referencia a los casos en que se permita enajenar un bien inmueble o mueble perteneciente al menor, se tomarán las medidas pertinentes para que el producto de la

(293).- Idem.

(294).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob.cit. p.122.

venta se dedique al objeto a que se destinara para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con Seguro de Hipoteca, agregando a este la inversión bancaria, consideramos así también por lo que se refiere a la clasificación de los bienes, su administración usufructo y propiedad.

Así también por lo que se refiere a la clasificación de los bienes su administración usufructo, extinción del mismo, que el legislador, establece esta palabra, de "inversión bancaria", por la actualización ya que en estas también se pueden considerar para dar seguridad, en caso de quedar una cantidad de la venta del inmueble o mueble, siempre y cuando el producto de la misma, ya se haya destinado a su objeto.

Por otro lado, en relación a los modos de suspenderse la patria potestad, al igual que el Código Civil Vigente, los regula el ordenamiento estudiado en su capítulo Tercero, aunque observamos cambios en su redacción, consideramos que éstos no cambian el fondo de lo ya establecido, por lo que creemos innecesario hacer referencia, la pérdida de la patria potestad se encuentra regulado en su artículo 402 (295) del ordenamiento estudiado y a diferencia de lo establecido en el Código Civil Vigente, establece en su fracción I, que se perderá la patria potestad, cuando el que ejerza la misma, es condenado por delito intencional a pena privativa de libertad mayor de cinco años. En nuestra opinión, el legislador, amplía el mismo, para darle una mayor claridad. Considerando que al señalar el Código Civil Vigente, que se perderá la patria potestad, cuando el que la ejerza es condenado dos o más veces por delitos graves.

Asimismo su fracción II, establece, que se perderá la patria potestad, en los casos de divorcio, ajustándose a lo establecido al efecto por esta ley, ampliando una vez más, el contenido del mismo, al considerar que el Código Civil Vigente, se limita, únicamente, a lo que dispone, el artículo 283.

(295).- Código Familiar de el Estado de Zacatecas. Ob.cit. p. 217.

Una vez más en su fracción III cambia la redacción para establecer, que cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pueda comprometerse la seguridad o la salud física o mental de los menores, aún cuando estos hechos no cayeren bajo la sanción de la Ley Penal.

De lo anterior podemos decir que el legislador, al establecer, la palabra "salud mental" al referirse a los hijos, toca un aspecto importante, aunque ya el Código Civil Vigente, se refiere a la moralidad de los hijos, éste trata de dar una mayor interpretación. Dejando bien claro que el menor, por las costumbres depravadas de quienes ejercen la patria potestad, malos tratamientos o abandono de sus deberes, se comprometa su salud, considerando a la misma como física y mental.

Respecto a la suspensión de la patria potestad, podemos considerar, como reproducidos, los supuestos, establecidos en el Código Civil Vigente, en su artículo 448 (296). Asimismo los casos en los que la patria potestad puede excusarse ya que la misma no es renunciable.

El cual ya ha sido transcrito con anterioridad.

En su artículo 406 (297) establece, amplias facultades a los jueces, al establecer que estos pueden privar de la patria potestad al que tenga el ejercicio de la misma, o modificarle el mismo, si este considera que se trata a los que están en ella con excesiva severidad, no los educa o les impone preceptos que dañan su salud física o moral, o les da ejemplos o consejos corruptores.

En nuestra opinión, no debe darse al juez, tantas facultades, y dejar a su criterio, si se puede privar a un padre o a una madre de tal derecho.

(296).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob.cit. p. 126.

(297).- Código Familiar de el Estado de Zacatecas. Ob.cit. p. 219.

IX.- JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.
DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

El criterio establecido por el Alto Tribunal, por lo que se refiere a la institución de la patria potestad a sido la de reconocer la existencia de la pérdida de la patria potestad; manteniendo vigente una de las más grandes ignominias en contra de la familia, a que hace referencia el Dr. Julian Güitron Fuentevilla, al despojar al padre, a la madre, a los abuelos paternos o maternos, de su derecho natural de ser padres o abuelos. Considerando la patria potestad más como un conjunto de obligaciones y deberes que derechos, quedando el hijo desprotegido desde el momento de la pérdida, hasta que cumpla la edad de 18 años. (298)

De lo anterior nosotros externamos nuestra coincidencia, al señalar, la importancia del ejercicio de la patria potestad, ya que la consideramos como un derecho natural, que se otorga por la voluntad misma y no es susceptible, de modificaciones por contratos privados o por la simple voluntad de los hombres.

Pero lo más importante es tener presente que "sancionar con la pérdida de la patria potestad, es dejar de reconocer que la conducta humana es dinámica y que las personas pueden cometer hoy conductas indebidas y corregirlos el día de mañana, o a la inversa". (299)

Este aspecto que para algunos es intrascendente, para decidir sobre la existencia o no de la pérdida de la patria potestad, en nuestra opinión es uno de los motivos que deberían tener presente los legisladores, para suprimir la misma. En relación con lo antes expuesto, se han enunciado algunos criterios en relación con la pérdida de la patria potestad de los cuales podemos recordar el de Ricardo Couto que dice:

(298).- Güitron Fuentevilla, Julián, ¿Que es el Derecho Familiar?, Tercera Edición, Promociones Jurídicas y Culturales S.C. México, 1987. p. 379.

(299).- Idem.

"La patria potestad . . ., se pierde, cuando de un modo definitivo deja de pertenecer a una persona, sin que esta pérdida implique una extinción de aquel derecho, más que con relación a la persona que lo ha perdido...". (300)

Es decir que la pérdida de los derechos que concede la institución afecta únicamente al ejercicio de la misma respecto de la persona que la ejerce, a diferencia de la extinción que afecta directamente a la patria potestad, ya que le pone fin a la misma.

Siendo la patria potestad una institución de carácter público y establecida en beneficio de los menores sujetos a ella, no puede ser objeto de ninguna transacción o modificación por convenios privados y considerada por los legisladores del Código Civil Vigente, como un todo indivisible, no es posible condenar a quien la ejerce, a la pérdida de determinado derecho *verbi gracia*, el de corrección o el de la administración de los bienes del menor del disfrute de los mismos, sino que se priva totalmente de todos los atributos que le son otorgados con motivo de ese ejercicio; casos que si se prevén en el derecho francés y alemán, pero que consideramos no son aplicables a nuestro derecho.

A mayor abundamiento y para fundar las afirmaciones hechas, nos permitimos transcribir una ejecutoria dictada por la H. Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que se expresa claramente que la patria potestad es una institución de carácter público y por lo tanto, no puede ser modificada por convenios de particulares, ni renunciable:

"Debe estimarse que en el caso se violaron las garantías consagradas en los artículos 14 y 16 Constitucionales, si se privó a la quejosa de sus derechos de la patria potestad sobre sus hijos menores, sin haber sido previamente oída y vencida en juicio; y además se violó el artículo 448 del Código Civil del Estado de Nuevo

(300).- Cicu Antonio, Ob.cit. p. 326.

León, conforme al cual, la patria potestad es irrenunciable, si a pretexto de ejecutar un convenio aprobado en autos, se dio plena validez a la cláusula por la cual la quejosa aceptó perder la patria potestad, lo cual no puede quedar sujeta, en cuanto a su ejercicio o pérdida, a las convenciones particulares. Solo la ley, como una sanción en los casos específicos que regula, puede privar a los padres o a los abuelos en su caso, del ejercicio de ese derecho, por lo que las convenciones de los particulares, no pueden alterar o modificar las leyes de orden público, que son las que precisamente regulan la pérdida de la patria potestad". (301)

Por regla general en relación con los menores sujetos a la patria potestad, la pérdida o suspensión de las atribuciones concedidas por la institución es general y absoluta, extendiéndose sus efectos a todos los menores que se encuentren en ese momento bajo la patria potestad de quien hubiese sido privado del ejercicio; y sino que igualmente afectará a los menores que entren bajo su cuidado antes de dictarse sentencia definitiva en el juicio y a los que nazcan dentro de los trescientos días posteriores a la presentación de la demanda y que conforme a la ley corresponderá el ejercicio de la patria potestad, fundándonos en una interpretación extensiva de la fracción II del artículo 324. (302)

En este caso consideramos deberá condenarse a esa persona a la suspensión de la patria potestad, más no a la pérdida de la misma, pero únicamente y en relación con el menor que fue abandonado o se haya puesto en peligro su seguridad, tanto física como moral, pero no así en cuanto a los otros menores que están también bajo su cuidado. Fundamos tal afirmación en que primordialmente la patria potestad está regulada en beneficio exclusivo de los menores y en este caso, los menores no afectados por los actos cometidos en contra de una de las personas que están bajo la patria potestad del ascendiente, están gozando de todos los beneficios

(301)- Semanario Judicial de la Federación, Tomo CIV, pág 752.

(302).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob. cit. p. 105.

concedidos a su favor por la Ley, y más aún, no sufren ningún perjuicio pero en cambio si lo podrán sufrir, si la persona que ejerce la patria potestad y que aún prestándoles el debido cuidado y protección, es privado del ejercicio, y los menores fueran entregados a otro ascendiente, o a un tutor en su caso, personas que no desempeñarían con tanta diligencia su cometido y que redundaría en un perjuicio.

En una de las materias más difíciles de reglamentar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha referido, a la pérdida de la patria potestad tratando de dar la mejor interpretación de las normas jurídicas que la regulan, obteniendo una interpretación uniforme del derecho en los casos en que la realidad se presenta.

Aunque nosotros, no estamos de acuerdo con la pérdida de la patria potestad, razones que se expresaran en el capítulo siguiente, diremos que la Suprema Corte de Justicia establece que procede la condena a la pérdida de la patria potestad de conformidad con el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, considerando que sus cuatro fracciones son autónomas, esto es independientes cada una de las que a su vez se prevén en las diversas fracciones del referido artículo, y por lo que se refiere a la fracción II siempre y cuando se esté en los supuestos del diverso artículo 283 del propio Código sustantivo, es decir, que el juez para decretar y condenar a alguno de los padres a la pérdida de la patria potestad debe tomar en cuenta las circunstancias del caso. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto en contradicción de la tesis número 30/90 que la autoridad jurisdiccional para decretar dicha pérdida, debe razonar (con el debido cuidado y prudente inteligencia) los motivos por los cuales es procedente la condena, tomando en cuenta que en los autos del juicio debe probarse que existe la posibilidad de que pudiera afectarse la salud, seguridad o los valores éticos del menor, aun cuando todavía no exista en la realidad este daño. En consecuencia, es evidente que dentro de estas circunstancias que deben

considerarse para decidir respecto a la pérdida de la patria potestad en el divorcio, están aquellas causales que por su relevancia implican afectación real o la innegable posibilidad de dañar al menor, como son el adulterio, la falta injustificada de ministración de alimentos, el abandono, la separación o profundo alejamiento de los consortes que demuestre el absoluto rompimiento del vínculo matrimonial con el incumplimiento de sus deberes, la comisión de delitos de un cónyuge contra el otro o contra sus hijos, su corrupción o prostitución o propuesta para ello, la sevicia o el uso de drogas que puedan causar la ruina familiar. (303)

En el caso concreto de el adulterio el Tribunal Superior (304) considera que no se decreta la pérdida de la patria potestad en contra del cónyuge culpable, sin que el juzgador razone de acuerdo con las constancias de autos y demás elementos de juicio, por qué circunstancias los hechos constitutivos de la causal de adulterio son insuficientes para decretar la pérdida de la patria potestad para el cónyuge culpable, esto es, que apesar de su existencia y consecuencias no se ponga en peligro la moralidad de los menores, pues no hay que perder de vista, que para resolver lo concerniente a la patria potestad debe tener la guarda y custodia de los menores, es decir, que no resulte nociva a éstos, máxime si esa conducta da origen a la disolución del vínculo matrimonial.

En nuestra opinión el Tribunal Superior al considerar que la pérdida de la patria potestad no se decretará, a pesar de la existencia de el adulterio, sin que antes el legislador haya estudiado a fondo el asunto, por considerar que se puede poner en peligro la moralidad de los menores, es una aspecto importante para decir que si en el caso concreto se preocupa por los menores, por consiguiente, debe considerar a la pérdida de la patria potestad, como una sanción que afecta directamente a la moralidad de los menores que se encuentren sujetos a la misma.

(303).- Semanario Judicial de la Federación. Tomo X. p. 315.

(304).- semanario Judicial de la federación. Tomo VII. p. 341.

Dando como resultado se suprima de nuestra legislación la pérdida de la patria potestad.

En el supuesto de que "alguno de los cónyuges demande la pérdida de la patria potestad de su menor hijo, es necesario que en la acción ejercitada aunque no se exprese el nombre se señale con claridad, cuál es la causa en la que se finca la pretensión, porque si bien es cierto que a las partes les corresponde probar los hechos en que la fundan y al juzgador decidir conforme a derecho, también lo es que la omisión de esa circunstancia hace improcedente la acción intentada, y por tanto, se debe de absolver la misma, y como consecuencia al demandado". (305)

En relación a lo antes mencionado, consideramos que no se le debe conceder a los padres la facultad de demandar a su cónyuge la pérdida de la patria potestad, sino únicamente demandar la suspensión de la misma, tomando en consideración para decretarla lo dicho en el párrafo anterior.

En un estudio oficioso de las cuestiones relativas a la pérdida de la patria potestad, el Tribunal de Alzada correctamente se sujetó a lo previsto en el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al estudiar de oficio la cuestión relativa a la pérdida de la patria potestad decretada por el Juez de Primer Grado, a pesar de que el apelante nunca alegó la violación del artículo 259 de Código Civil, ni esgrimió agravio en relación a ese punto, porque los artículos 940 y 941 del Ordenamiento Legal citado en primer término, establecen tratándose de controversias de orden familiar, los jueces y tribunales están facultados para intervenir de oficio en los asuntos que afectan a la familia, de manera especial cuando se trata de menores y de alimentos teniendo facultades para decretar las medidas necesarias que tiendan a preservar la familia y a proteger a sus miembros, así como para suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, por considerar la ley que tal materia es de orden.

(305).- Semanario Judicial de la Federación. Tomo IX. p. 564.

público, en virtud de constituir la familia la base de la integración de la sociedad.

(306)

La fracción III (307) del Código Civil para el Distrito Federal, se refiere a la pérdida de la patria potestad, cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos", aun cuando esos hechos cayeren bajo la sanción de la ley penal". Por lo que se refiere al segundo supuesto "el abandono de los deberes para con los hijos" como causa de su pérdida. La Jurisprudencia considera suficiente el reconocimiento que de tal abandono haga el obligado, en la contestación de la demanda o en el desahogo de la prueba confesional a su cargo, quedando debidamente probado el abandono de esos deberes y que éste comprometió la seguridad, la integridad física y la salud del menor, ya que además legalmente existe la obligación en su caso, hasta de consignar ante la autoridad competente, las cantidades de dinero necesarias para los alimentos, cuidado y educación de los menores.

En nuestra opinión, no basta el reconocimiento de tal abandono que haga el obligado, para que surta la hipótesis legal y se sancione con la pérdida de la patria potestad, aunque estemos en favor de la protección de los menores no podemos decir que por el simple reconocimiento antes mencionado, se ignoren las causas que le dieron origen al abandono de deberes, aún así que se haya comprometido la seguridad, la integridad física y la salud del menor. En conclusión el Alto Tribunal debe tomar en consideración las causas que le dieron origen a que el obligado incumpliera con sus obligaciones y deberes. aunque el mismo establezca para

(306).- Semanario Judicial de la Federación. Tomo VII. p. 341.

(307).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob.cit. p. 125.

que surta la hipótesis legal de pérdida de la patria potestad en estudio, basta que con el proceder del padre incumplido, se genere la posibilidad de que se ocasionen esos perjuicios, no requiriendo que el menoscabo en los derechos del menor, que la ley protege, se produzcan en la realidad. (308)

A nuestro juicio, en el párrafo anterior, el legislador es muy severo, al decir que solamente con la posibilidad, de generar perjuicios, al menor, aunque éstos no se concreticen, se podrá sancionar con la pérdida de la patria potestad.

El hecho de que la madre trabaje y estudie no implica abandono de deberes como causal de pérdida de la patria potestad, ya que su ausencia se encuentra razonablemente justificada, por tener como finalidad la de cumplir con las tareas que puedan proporcionarle lícitamente los medios económicos para subsistir y obtener los recursos que le permitan dar vivienda, educación y sustento a los menores, así como superarse para estar en mejores posibilidades de afrontar sus responsabilidades. (309)

En el supuesto anterior, coincidimos en que a la madre, no se le puede considerar en el supuesto de abandono de sus deberes en relación con los menores sujetos a la patria potestad, por realizar actividades que tienen como finalidad la de cumplir con sus obligaciones para con los hijos.

En los supuestos en que la pensión alimenticia pactada en el convenio de divorcio se cubre por adelantado, no se incurre en el abandono de los deberes, no procediendo la acción de pérdida de patria potestad en su contra pues, debe considerarse que sí cumplió con la obligación a su cargo y que, por tanto, no existió abandono de deberes, máxime si el pago de pensión alimenticia así efectuado fue aceptado por la cónyuge que ejerce la acción de pérdida de patria potestad. (310)

(308).- Ibidem. p. 189.

(309).- Ibidem. p. 193.

(310).- Idem.

Respecto a las costumbres depravadas de los padres, para que estén sean consideradas como causal para perder el ejercicio de la patria potestad, deben incurrir en conductas reiteradamente viciosas, que puedan alterar o corromper la salud mental, la seguridad, la moralidad o la educación del menor. (311)

Es imposible decir, que se incurre en el abandono de sus deberes. Sin embargo, no es el hecho de que estas costumbres depravadas de los padres, sean reiteradas, para que se pueda hacer referencia a una pérdida de la patria potestad, considerándose, suficientemente sancionadas con la suspensión de la misma.

La declaración de divorcio sustentada en el artículo 283, fracción VIII, antes de su reforma, motivaba que la patria potestad quedará a favor del cónyuge inocente. Sin embargo, con motivo del Decreto publicado en el Diario Oficial de veintisiete de diciembre de 1983, la disposición referida fue modificada y, en esa virtud, fue suprimido el sistema de determinación del ejercicio de la patria potestad sobre la base de la inocencia o culpabilidad de los cónyuges en el divorcio y, en su lugar, se le otorgaron a los juzgadores las más amplias facultades para resolver las cuestiones inherentes a la patria potestad. (312)

En nuestra opinión, el hecho que se le hayan otorgado a los jueces las más amplias facultades para resolver las cuestiones inherentes a la patria potestad, pone en peligro, la estabilidad del menor, al darle, poder omnímolo al juez, hace a su vez, que se pueda dar el supuesto que éste se venda por unos cuantos pesos.

Los Tribunales de Alzada consideran, que no es necesario para que opere la causal de pérdida de la patria potestad, que el abandono de los deberes sea total, de lo anterior se desprende, que si este abandono de los deberes se da en forma

(311).- Ibidem. p. 179

(312).- Ibidem. p. 177.

parcial, estaremos frente a un incumplimiento de la obligación de proporcionarlos. Es en sí mismo, este aspecto motivo suficiente para considerar que se compromete la seguridad del menor y presente deficiencias físicas o psicológicas, aunque sino debe demostrarse que este incumplimiento es consecuencia de una conducta injustificada de los padres. Para con los sujetos, a la patria potestad quienes deben recibirlos, máxime cuando se trata de menores que no pueden valerse por sí mismos. Asimismo consideramos que referirnos a una pérdida de la patria potestad, por las razones apuntadas, es notoriamente fuerte la sanción del legislador en este sentido, ya que la misma acarrea graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor.

Cuando los padres abandonan los deberes que comprometen la seguridad de los hijos, se habla de pérdida de la patria potestad, pero no basta con que el menor desprende que cuando el legislador estableció el abandono de los deberes que compromete la salud de los hijos, como causa para perder la patria potestad, indudablemente previó una conducta culposa e inexcusable y no simples situaciones de hecho. De lo anterior se sigue que no basta con que el menor presente determinadas deficiencias de orden físico o psicológico, sino debe mostrarse plena e indiscutiblemente que fueron producto de acciones u omisiones, siempre injustificadas, atribuibles al padre, a la madre o a ambos. (313)

Por lo que se refiere al abandono del que ejerce la patria potestad en interpretación del artículo 444, fracción III y IV, del Código Civil para el Distrito Federal. No obstante que en ambos supuestos normativos se hace referencia al abandono del que ejerce la patria potestad, sin embargo entre los mismos existen notables diferencias, pues la primera de las fracciones alude que el abandono de los deberes pudiera comprometer la salud, la seguridad o moral de los hijos, y

(313).-Semanario Judicial de la Federación. Tomo IX. p. 399.

resulta por demás claro que en esa hipótesis no se señale término alguno, dado los bienes jurídicamente protegidos y que menciona el citado numeral, es decir, que en una vez que se presente dicho supuesto, se esta en posibilidad de ejercitar la acción correspondiente, pero no acontece lo mismo cuando ya no están en juego dichos valores, pues en ese caso y según lo dispone la última parte de la fracción IV del multicitado precepto, el abandono puede prolongarse por más de seis meses. (314)

Otra de las tesis a que hace mención a la pérdida de la patria potestad diciendo que para decretarla se requiere prueba plena, las hipótesis de las fracciones III y IV, del artículo 444, del Código Civil, deben probarse en forma plena e indiscutible, es decir, se debe demostrar que el demandado había abandonado sus deberes y que con motivo de tal conducta, pudo comprometer la salud, la seguridad, la moralidad de su hijo o porque lo hubiera dejado abandonado por más de seis meses, de lo que consecuentemente debe afirmarse que la quejosa, para el efecto de justificar su pretensión, debió haber acreditado durante el juicio, tres requisitos fundamentales: a) Que el progenitor al abandonar los deberes que civilmente le impone la paternidad (entendiéndose por abandono el incumplimiento de tales deberes), y éstos hayan sido incumplidos voluntariamente; b).- Que por lo anterior, se hubiera comprometido la salud, la seguridad o la moralidad del hijo; y c).- Que exista una relación causal entre ambos supuestos, o sea, que debido al abandono del padre, el menor hubiera sufrido algún perjuicio o daño de los mencionados y en la especie, no se demostró con prueba alguna que el menor hubiera sufrido algún daño o peligro en su salud o seguridad, pues por el contrario, como quedó justificado en autos, la madre y ahora quejosa se hizo cargo del menor, por lo que el mismo no sufrió alguna de las

(314).- *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo VIII, p. 267.

consecuencias de aquel abandono en que dice incurrió el padre, ya que contrariamente a lo manifestado por la peticionaria de garantías, no basta la sola posibilidad de que se pueda poner en peligro la salud y seguridad del menor para que proceda la pérdida de la patria potestad, debido a que ésta, es una sanción de notoria excepción, pues lo normal es que la ejerzan siempre los padres, dado que las disposiciones del Código Civil que establecen las causas que la imponen, deben considerarse como de estricta aplicación, de manera que únicamente cuando haya quedado probada fehacientemente e indudablemente una de ella, se surtirá su procedencia. (315)

De acuerdo con el artículo 444 fracción IV, del Código Civil para el Distrito Federal, se pierde la patria potestad: "Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses. Conforme al criterio reiterado de este Alto Tribunal, para decretar la pérdida de la patria potestad se requiere de prueba plena que no deje lugar a dudas respecto de la necesidad de tal privación, ya que la patria potestad es un derecho fundado en la naturaleza de la relación paterno filial, reconocido por la ley y su privación entraña graves consecuencias tanto para el menor, como para aquel de los padres que debe derogar la pérdida de la patria potestad, haciendo hincapié únicamente en una suspensión. En este orden de ideas, cuando sea invocada la causal de abandono del menor por más de seis meses, para tener por perdida a la patria potestad, dicho abandono debe quedar probado, de modo contundente e indubitable. (316)

De lo anterior se desprende, que en los casos en que se solicite la pérdida de la patria potestad por el abandono de menores, y existan indicios que permiten

(315).- Semanario Judicial de la Federación. Tomo VI. segunda parte. p. 499

(316).- Alfredo Ruiz Lugo, Ob.cit. p. 195.

presumir que los padres vivían separados de común acuerdo, no podrá considerarse se que se satisfacen las características para tener por perdido este derecho.

Por lo que se refiere a los casos en que los padres hagan entrega del menor a cualquiera de los padres, por virtud de un convenio de divorcio voluntario, no se puede atribuir al padre un abandono que implique la pérdida de la patria potestad, a pesar de que vivan separados (317). En el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal claramente señala que la patria potestad se pierde en cualquiera de las hipótesis a que se refieren sus cuatro fracciones, no acreditándose en el caso, la pérdida de la patria potestad, porque a pesar de que los padres de un menor se encuentren separados, se presume que existe un acuerdo tácito entre ambos, ya que no se requiere la exhibición de un documento escrito para justificar la existencia de un convenio entre los padres del menor que viven separados, sobre la guarda y custodia de su hijo, porque puede quedar acreditado el consentimiento tácito, a través de la presunción que surge al haber permanecido el menor con el padre en la casa paterna, sin oposición de la madre, al no hacer reclamación alguna sobre este particular y haber consentido esa situación durante un lapso considerable, sin que tal separación dé lugar a la pérdida de la patria potestad, ya que en tal caso, se actualiza la hipótesis que contempla el artículo 437 del mismo ordenamiento continuando ejerciendo la patria potestad ambos padres, o en caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar determinará quién de los progenitores continuará en el ejercicio de tal derecho, sin que esto implique pérdida de la misma por el progenitor no designado, máxime que la medida tampoco equivale a exonerarlo de sus obligaciones para con el menor, salvo el caso de que eventualmente alguno de dichos ascendientes dé lugar a la aplicación en su perjuicio de lo dispuesto por el artículo 444 del Código de la materia.

(317).- Semanario Judicial de la Federación. Tomo VI, p. 596.

CAPITULO IV.

DEROGACIÓN DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

I.- IMPORTANCIA DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Consideramos importante hacer notar que en la legislación mexicana uno de los más destacados juristas, preocupado por la situación de la familia, el Dr. en Derecho Julián Güitron Fuentevilla, señala que el ejercicio de la patria potestad brinda orientación, formación, proporcionando los requerimientos necesarios para hacer del menor un ciudadano de bien.(318).

En éstos breves conceptos abarca, un marco muy general y completo que encierra la patria potestad, la orientación es tan importante en los primeros años de vida del menor, lo encauza, le da opciones a seguir, hace que su formación, sea más sólida, tratando que ésta sea la mejor.

La doctrina no es uniforme por lo que se refiere a la naturaleza de la patria potestad. Algunos la definen como una institución otros como una potestad y otros como una función. Consideramos que lo más importante, independientemente, de su naturaleza, es el objetivo de la misma: la asistencia, cuidado y protección de los menores no emancipados. (319).

(318).- Güitron Fuentevilla, Julián. ¿Que es el Derecho Familiar? Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. México, 1987. p. 139.

(319).- Diccionario Jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas. p. 2352.

De lo anterior se desprende, que el objetivo principal de quien ejerce la patria potestad, es brindar, asistencia, cuidados, y protección a los menores, que se encuentren, sometidos a dicha potestad. Todo esto con la finalidad de lograr un pleno desarrollo biológico, psíquico y social.

Creemos pertinente reiterar, que la patria potestad es una Institución, y como tal, es necesaria, para darle una cohesión al grupo familiar, nace de la relación paterno-filial. De esta manera la ley ha querido que este deber de proteger y cuidar a los hijos, no dependa de la existencia del vínculo matrimonial, sino de la procreación, que impone a cargo de los padres, la ineludible, obligación de criarlos y educarlos convenientemente.(320).

Institución que regula, establece, organiza, enseña, educa, etc., y asimismo se le atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes. (321).

Dentro de las obligaciones de los padres, podemos observar claramente, la importancia de la patria potestad. El cuidado de dirigir la educación del hijo, de normar su conducta, de formar su carácter e ideas, es la parte esencial de la misión que los padres deben satisfacer. Graves cuestiones deben resolverse: la religión que se dará al hijo, la carrera para la que se le preparará, etc. (322)

A mayor abundamiento, estos son los aspectos que hacen cada vez más necesario el ejercicio de la patria potestad, nuestra sociedad necesita que los menores de edad, tomen conciencia de forjar un futuro realmente mejor para ellos y que mejor forma, de tener a una persona que no solamente la ley le da facultades para ejercer la misma sino que al mismo tiempo lo obliga a cumplirlas.

(320).- Galindo, Garfias, Ignacio. Ob.cit. p. 668.

(321).- Diccionario Jurídico de Investigaciones Jurídicas. Ob. cit. p. 2352.

(322).- Marcel Planiol. Ob.cit. pág. 261.

Otro de los aspectos interesantes es la guarda del menor sujeto a la patria potestad, Marcel Planiol menciona que consiste en el derecho de que el menor habite en la casa de los padres. El padre, guardián de su hijo, puede, por tanto, obligarlo a que habite con él, y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza pública, con relación a los hijos no emancipados (323). Este derecho de los padres; al mismo tiempo es para ellos una obligación en la que en principio no pueden liberarse. (324)

De lo anterior podemos decir que la facultad que la da la ley al que ejerce la patria potestad, de obligar al hijo a habitar con él, durante la menoría de edad, es con el objeto de proteger al menor frente a los peligros a que esta expuesto por razón de su juventud e inexperiencia.

Sostiene Marcel Planiol, que la vigilancia y dirección del hijo consiste en el cuidado de dirigir sus acciones, de vigilar su desenvolvimiento moral, siendo para ellos a la vez un derecho y una obligación. (325)

En conclusión diremos que la patria potestad es una institución de suma importancia para el derecho familiar con una finalidad que la justifica y orienta durante toda su vigencia. Esa finalidad lograr la mejor personalidad del hijo menor, traducida en su total desarrollo biológico, psíquico y social.

(323).- Marcel Planiol. Ob.cit. p. 262

(324).- Marcel Planiol. Ob. cit. p. 263.

(325).- Marcel Planiol. Ob. cit. p. 264.

II.- LA PATRIA POTESTAD UN DERECHO DEL NIÑO Y SUS PROGENITORES.

La patria potestad, al considerarse como una Institución atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes.(326)

De lo cual diremos, que gozar de el ejercicio de la patria potestad, sobre los menores no emancipados, es un derecho que se obtiene, ya sea por ser progenitor del mismo, o por ser ascendiente en quien recaiga la misma, en los casos que los padres no puedan ejercerla.

El ejercicio de la patria potestad, pertenece a los padres, es decir al padre o madre, sobre los descendientes que formen parte de su familia, el artículo 414 (327) del Código Civil Vigente establece que la patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

I.- Por el padre y la madre;

II.- Por el abuelo y la abuela paternos;

III.- Por el abuelo y la abuela maternos.

Lo expresado por el artículo que antecede, evidentemente otorga a los padres, como a los abuelos paterno y materno, el derecho de ejercer la patria potestad.

Tal derecho, tiene el carácter principal de lograr la protección del hijo, aún sobre el interés de los padres, con el objeto de permitir a aquellos cumplir con sus deberes legales de sustento y educación.

(326).- Diccionario Jurídico, Ob. cit. p. 2351.

(327).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob. cit. p. 120.

Para Ruiz Serramalera, según la estructura moderna de la patria potestad, ésta constituye una obligación impuesta y exigida por el derecho a los padres para la protección, defensa y formación integral de los hijos menores de edad. Asimismo menciona que la relación *paterno - filial* se caracteriza por los deberes de protección, asistencia y representación que se exige a los padres en relación con sus hijos. (328)

Nosotros coincidimos con el criterio establecido por Serramalera, al establecer que la patria potestad constituye una función impuesta y exigida por el derecho para lograr una formación integral de los menores. tal afirmación, tiene su fundamento en el propio artículo 422 (329) del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, al establecer que "a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente". Es decir, al referirse a la obligación de educarlo, notamos que debe de observarse tal cometido, y en caso de que no sea así, podrá exigirse su cumplimiento.

En nuestro Código Civil Vigente, la patria potestad, es un derecho, que se ejerce conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Este derecho se puede considerar, como un derecho natural, al que según la escuela clásica, es invariable y fatal; ni la voluntad humana ni la vida podrían modificarlo. (330)

De lo anterior, consideramos que el derecho a ejercer la patria potestad, no debe ser sujeto de modificaciones de los particulares, no debe darse la facultad a una persona, aunque se encuentre investida de autoridad, decidir sobre la pérdida de este derecho, que para nosotros es natural, el hecho de haber procreado a un hijo, le da derecho a vigilar y protegerlo, ejerciendo la patria potestad. Y si nos encontramos

(328).- Ruiz Serramalera Ricardo. Ob. cit. p. 365.

(329).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob. cit. p. 121.

(330).- De Pina Vara. Ob. cit. p. 231.

en el supuesto, de que éstos no actúan en cumplimiento de su cometido, puede darse como sanción, la suspensión de el ejercicio de la patria potestad, más no privar, a los progenitores, de poder recuperar la patria potestad, sancionando por tal incumplimiento, con la pérdida de la patria potestad. Como se establece en nuestro Código Civil Vigente, en su artículo 444 (331) al referirse a los casos en que la patria potestad se pierde.

Dentro de los derechos y facultades de quienes gozan de el derecho a ejercer la patria potestad, consideramos la facultad de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, además de representarlos y administrar sus bienes (332). Consideramos innecesario volver a hacer referencia, a cada uno de estos derechos y facultades, ya que en el segundo capítulo, ya fueron estudiados detenidamente.

Por lo que se refiere al menor, la patria potestad, es un derecho que éste tiene, mientras exista alguien en quien recaiga. Este punto para nosotros es de gran importancia pues el hijo, al ser concebido dentro del matrimonio, goza por este simple hecho del cuidado de sus progenitores, obteniendo una protección y vigilancia en cuanto a su persona.

El derecho del menor que esta bajo la patria potestad, goza de la vigilancia y el cuidado de sus padres, para que éste pueda, crecer, y desarrollarse dentro de las mejores condiciones. Nosotros consideramos que este derecho lo obtiene, con el solo nacimiento y por lo tanto, no debe de ser susceptible de pérdida, sino únicamente sancionar, con la suspensión temporal de la misma, en caso de incumplimiento de sus deberes, de quienes gozan de tal ejercicio.

(331).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob. cit. p. 125

(332).- Cossio Alfonso. Ob. cit. p. 435.

La patria potestad es la autoridad que las leyes familiares otorgan a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos (323).

Esta autoridad, es el derecho que los padres tienen, en relación con sus hijos, pero no solo aquella autoridad éstos, sino que al faltar, recaerá, en los abuelos, según sea el caso.

En conclusión, la patria potestad es el conjunto de derechos y facultades atribuidos por la ley, al padre, a la madre y en su ausencia a sus abuelos, sobre la persona y los bienes de los hijos menores de edad, no emancipados, para permitir a aquellos cumplir con sus deberes legales de sustento y educación.

De lo anterior se concluye que, el contenido de la patria potestad, es decir los derechos y deberes, tanto de los progenitores, como del menor, en relación a ésta, son cargas de orden público.

(323).- Guitrón Fuentevilla, Julián, ¿Que es el Derecho Familiar?. Ob. cit. p. 161.

III.- CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO 1990.

Antes de entrar al estudio de la Convención Sobre los Derechos del Niño, consideramos importante mencionar que dicha convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La cual durante su trayectoria recuerda principios fundamentales como son la justicia, la libertad y la paz en el mundo los cuales se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; reafirmando la necesidad de proporcionar a los niños cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad; sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. (334)

De lo anterior consideramos, que es de suma importancia, partir de una igualdad para que todos los niños frente a todos los pueblos que forman parte de esta convención, se logre un equilibrio por lo que se refiere a sus derechos a nivel Internacional.

Las Naciones Unidas consideran a la familia "como un grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. (335)

(334).- Convención Internacional sobre los Derechos del niño de 1990, p. I

(335).- Idem.

De lo transcrito con anterioridad, podemos afirmar, que una vez mas, tenemos la necesidad, de vigilar, el adecuado tratamiento de los menores y sobre todo el respeto de sus derechos. Es aquí el momento oportuno, para establecer una relación entre nuestro tema de estudio "La patria potestad" por ser este un derecho que el niño, goza y que tiene su fundamento en el Código Civil para el Distrito Federal, constituido por un conjunto de poderes, otorgados a los padres, siendo éstos sus titulares para darles la posibilidad, de cumplir con los deberes que les conciernen respecto de los hijos.

Asimismo, considera que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en la sociedad y ser educado en el espíritu de la Justicia, libertad y la paz, reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles, los cuales necesitan especial, consideración. (336).

Para lograr nuestra finalidad, por lo que hace a la abrogación de la pérdida de la patria potestad, la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo consideramos como un punto de referencia importantísimo para lograr que este derecho, no sea susceptible de perdida, por los motivos, que más adelante expresaremos. Y por medio de este tipo de convenciones de saneamiento, ya que contando con la Cooperación Internacional se puede lograr carácter internacional, regulándose de una forma más equilibrada, siguiendo el mismo mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países.

Después de haber hecho referencia a algunos principios fundamentales de las Naciones Unidas para tener presente su labor, pasaremos al estudio de fondo de tan mencionado Convenio Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989.

(336).- Ibidem. p. 2

El Convenio Internacional sobre los Derechos del Niño fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 el cual, se dividió en tres partes, comprendidas en los artículos 1º al 54.

A nuestro juicio, en general todas las disposiciones que se encuentran contenidas en su parte primera, son artículos, cuyo contenido deja ver claramente, el propósito de dicho convenio, es decir lograr el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países que forman parte del mismo.

En este estudio, consideramos importante, la definición que dicha convención realiza del niño, para poder partir de un punto concreto, pues si bien es cierto que nuestro tema de interés son los niños, su protección, seguridad y sobre todo el lograr que gocen de todos sus derechos a nivel internacional, debe haber entonces, entre éstos países, que forman parte de dicha organización un concepto uniforme del niño.

La convención sobre los derechos del niño en su artículo 1 dice: "se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad" (337)

En México, encontramos un ejemplo claro del concepto antes mencionado, pues en su artículo 646 y 647 (338) del Código Civil Vigente hace referencia a la mayor edad, diciendo que esta comienza a los 18 años cumplidos siendo en esta edad, cuando el mayor de edad dispone libremente de la persona y de sus bienes.

Asimismo su artículo 412 del Código Civil para el Distrito Federal dice: "Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley. (339)

(337).- Idem.

(338).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob.cit. p. 160.

(339).- Ibidem. p. 120.

De la interpretación de ambos artículos, diremos que el menor de edad, será aquel ser humano que todavía no haya cumplido los 18 años, y por consiguiente estará en el supuesto del artículo 412, ya que siendo un menor de edad, estará bajo la patria potestad, ejercida esta por sus padres, para lograr su protección.

Reiteramos el creer pertinente, realizar el estudio de la presente convención, relacionándola con nuestro tema de estudio, para poder, hacer énfasis, de la importancia de la misma, para lograr que éste derecho subsista y no se pierda.

A medida que avanzamos en el estudio de dicho convenio observamos siempre que todas las disposiciones son en favor de los menores, refiriéndose a la igualdad de los niños de los distintos países, por lo que se refiere al respeto de sus derechos, considerando que ni la raza, el sexo, idioma, religión etc., deben influir, para que esta igualdad se cumpla.

Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tendrán cuidado de que todas sus medidas que conciernan a los niños atiendan al interés superior del niño. Consideramos como apoyo para nuestra propuesta de abrogar la pérdida de la patria potestad, tomar en cuenta el interés superior del niño, considerando "que pierde mas un hijo sin padre que un padre sin hijo"⁽³⁴⁰⁾

En conclusión, estas instituciones que buscan el bienestar social, convienen que sus disposiciones que establezcan, deberán atender el interés superior del niño, por lo que nosotros consideramos que el derecho de ejercer la patria potestad, no puede ser sujeta de pérdida del que es titular de la misma, al considerar que sancionar con la pérdida de la patria potestad, va en contra de el interés superior del menor.

(340).- Gúitron Fuentevilla Julián. ¿Que es el Derecho Familiar?. Ob. cit. p. 139.

El estado debe asegurar una adecuada protección y cuidado de los niños, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.

Por lo que se refiere a los derechos del niño el artículo 7 del ordenamiento estudiado dice: "que el niño desde que nace tiene derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos". (341)

El propósito en General de todas estas disposiciones, es la protección del menor.

El estado como función especial, debe prestar asistencia y protección, pero en los supuestos de separación de los niños de sus padres contra la voluntad de éstos, deberá revisar tal situación, con mas atención y cuidado. Aunque encontramos excepciones, como en los casos en que las autoridades competentes así lo determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables.

Otra de sus disposiciones de interés para nuestro estudio se encuentra contenida en su artículo 12 el cual dice:

1.-"Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez de éste.

2.- Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley Nacional". (342)

(341).- Convenio Internacional de los Derechos del Niño. Ob. cit. p. 7.

Los criterios antes transcritos de dicha convención, nos ayudan a confirmar, la necesidad de que en un procedimiento judicial, en el que el Juez este por sancionar con la pérdida de la patria potestad debe darse al niño la oportunidad de ser escuchado, por afectarle directamente a su persona.

Asimismo su artículo 18 coincide nuevamente con el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que se refiere a la crianza y el desarrollo del niño, ya que esta incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental es el interés superior del niño.

Nuevamente se plasma la necesidad de que ambos padres, en forma conjunta, cumplan con su cometido de ejercer la patria potestad educándolo, preparándolo, orientándolo, etc.

Por lo que se refiere a sus demás disposiciones, algunos de los aspectos más importantes de dicho convenio; mencionaremos:

- 1.- Protección contra los malos tratos.
- 2.- Protección de los niños privados de su medio familiar.
- 3.-Asegurarse que en casos de Adopción sea admisible, así como las autorizaciones de las autoridades competentes.
- 4.-Protección especial a los niños considerados refugiados.
- 5.-Cuidados, para los niños mental o físicamente impedidos.
- 6.- Servicios médicos y un nivel alto de salud.
- 7.- Seguridad Social.

- 8.- Un nivel de vida adecuado para su desarrollo, prepararlo para una vida adulta activa, inculcarle el respeto de los derechos humanos elementales y desarrollar su respeto por los valores culturales y nacionales propios.
- 9.- Derecho a la educación.
- 10.- Esparcimiento, juego y actividades culturales.
- 11.- Fijar edades mínimas de admisión al empleo y reglamentar las condiciones del mismo.
- 12.- Protección del uso de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
- 13.- El derecho de ser protegido de la explotación y abuso sexuales, incluyendo la prostitución y su utilización en prácticas pornográficas.
- 14.- Es obligación del Estado tomar todas las medidas necesarias para prevenir la venta, el tráfico y la trata de niños.
- 15.- Los niños no serán sometidos a la tortura y privación de libertad.
- 16.- Los menores que no hayan cumplido los 15 años de edad no deberán participar en conflictos armados.
- 17.- Tratamiento apropiado para los niños víctima de la tortura, de conflictos armados, abandono, malos tratos o explotación.
- 18.- Derecho de los niños a que se respeten sus derechos fundamentales y en particular el derecho a su administración de justicia, cuando este sea considerado acusado.

Respecto de las normas vigentes, en el caso de que una norma establecida por una Ley Nacional u otro instrumento internacional vigente en dicho Estado sea más favorable que la disposición análoga de esta Convención, se aplicara dicha norma más favorable.

Su parte segunda se basa principalmente en la aplicación y entrada en vigor de el presente convenio, así como la creación de un Comité de los Derechos del Niño,

integrado por diez expertos, encargados para examinar los informes que los Estados Partes en la Convención presentarán. etc.

Por último en su parte III establece la entrada en vigor de dicha convención, permaneciendo abierta a la adhesión de cualquier Estado.

En conclusión, el Convenio Internacional del niño de 1990, es un gran paso, a nivel mundial, que proporciona, a cada uno de los países que forman parte del mismo, el reconocimiento de la igualdad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; reafirmando la necesidad de proporcionar a los niños cuidado y asistencia especiales, en razón de su vulnerabilidad. Debemos tener presente, que todas estas disposiciones que confirman dicha convención, se realizan siempre conforme al interés superior del niño.

En relación con nuestro tema de estudio, reiteramos la importancia, de poder llevar, a la consideración de este tipo de convenios, el abrogar la pérdida de la patria potestad, por ir ésta, en contra del menor. Razones que se expresaran mas adelante.

IV.- CONCEPTO DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

Para poder, dar un concepto de la pérdida de la patria potestad, debemos entender, el significado en sí, de lo que es la patria potestad. Por lo que a continuación haremos un breve estudio de la misma.

Siendo la patria potestad una institución de orden público que continuamente está evolucionando por el transcurso del tiempo, influenciada por la civilización, según la época y nación en que nos situemos, ha ido desarrollándose en forma tal que ya en la actualidad no se conoce igual que en sus principios, es decir como, un derecho concedido al padre y en beneficio de éste, sino que ahora por el contrario, esta institución es en beneficio del hijo, pero con las variaciones de cada autor, de acuerdo con la legislación vigente en cada país.

Etimológicamente "Patria potestad": significa: "Poder Superior que tiene el padre, en calidad de tal padre y por lo tanto en relación a los hijos".(343), la idea anterior es completamente vaga y general, toda vez que en el campo del derecho carece en lo absoluto de fundamento legal.

Puede decirse que entre los romanos no existió un concepto propiamente dicho, sino como dice el maestro Eugene Petit en su obra, esta institución "... confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, y que ejercía, al mismo tiempo que sobre la persona, sobre los bienes de los hijos. Pero a medida que se fue suavizando la rudeza de las costumbres primitivas, se vio también atenuarse lentamente la energía de la patria potestad".(344)

(343).- Enciclopedia Universal Ilustrada Europea Americana Tomo XLVI. p. 1043.

(344).- Eugene Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano. Ob. cit. p. 99.

Las definiciones que los autores han vertido sobre la materia en el derecho moderno, y que se pueden considerar como las más importantes son las de Planiol y Ripert que dicen: "La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales". (345)

De la anterior definición se desprende que la patria potestad se les confiere a los padres por estar investidos de tal calidad y en virtud de tener multitud de obligaciones que cumplir con los menores y se les otorga el ejercicio de este derecho para facilitarles el cumplimiento de sus deberes.

Colín y Capitant afirman que la patria potestad es: "El conjunto de derechos que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos mientras éstos son menores no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación a que están obligados. (346)

Louis Josserand, se pronuncia en términos semejantes a la definición dada por Colín y Capitant al decir: "La patria potestad es el conjunto de derechos que confiere la ley al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores no emancipados para asegurar el cumplimiento de los cargos que les incumben en lo que concierne a la manutención de dichos hijos".(347)

Las definiciones dadas por los juristas franceses Planiol y Ripert, Colín y Capitant y por Louis Josserand, están elaborados de acuerdo con su legislación, ya que los padres son las únicas personas facultadas para ejercer tales derechos, pero se les puede criticar porque afirman categóricamente que la patria potestad únicamente se ejerce por el padre y la madre, no haciendo alusión alguna a los ascendientes, personas también facultadas por nuestra ley para ejercerla en defecto de los padres.

(345).- Planiol y Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Ob. cit. p.314.

(346).- Colín y Capitant. Derecho Civil. Ob.cit. p. 17.

(347).-Louis Josserand. Derecho Civil. Ob. cit. p. 257.

Lo que se puede aceptar de las definiciones anteriores es que ya se faculta para el ejercicio de la tal potestad tanto al padre y a la madre y no excluyéndose a ésta última como antiguamente se hacía. también es de aceptarse que la institución no se considera como un poder absoluto en beneficio del padre, sino que lleva consigo derechos y obligaciones a cargo de quienes la ejercen, presentando por ello un aspecto de relaciones jurídicas bilaterales y principalmente en beneficio de los menores sujetos a ella.

Muchas personas también han criticado las definiciones a que hemos hecho alusión, por utilizar las palabras patria potestad, por significar ésta que el padre es la única persona facultada para poder ejercerla, proponiendo en su lugar la frase "autoridad de los padres". Lo anterior no nos parece muy acertado porque si bien es cierto, que etimológicamente patria potestad significa poder que tiene el padre sobre sus hijos, o sea que se están limitando las facultades únicamente al padre, no deja tampoco de ser cierto que si usare la frase "autoridad de los padres" se están excluyendo a los ascendientes que conforme a nuestro derecho también pueden ejercer los derechos que les concede la patria potestad.

En el Derecho español podemos citar a Calixto Valverde que con referencia a la patria potestad dice: "Es el conjunto de derechos y deberes de los padres para con los hijos y éstos para con los padres" y explicando el anterior concepto, dice: Este complejo de derechos y deberes recíprocos entre los padres y los hijos sin limitación de edad, y en sentido estricto, que es la serie de derechos y deberes entre generantes y generados, durante la menor edad de éstos. (348)

La definición dada por el tratadista español es muy imprecisa, puesto que no dice a qué clase de obligaciones y derechos se refiere y si este complejo de derechos y deberes alcanza o no a los bienes de los menores sujetos a la patria potestad, por

(348).- Calixto Valverde. Tratado de Derecho Civil Español. Ob. cit. p. 492.

parte del padre y la madre, excluyendo también como los anteriores autores a los ascendientes.

Castán Tobeñas, maestro español, nos dice: "La relación *paterna-filial*, se caracteriza fundamentalmente por los deberes de protección y asistencia que tienen los padres para con los hijos y necesita como elemento auxiliar un principio de autoridad en los padres, que es lo que tradicionalmente se llama patria potestad".

(349)

Este autor explica que la autoridad emanada de la patria potestad se concede a los padres únicamente como auxiliar para que cumplan con sus deberes de protección y asistencia, no explicando si tal protección de la persona del menor es también sobre sus bienes.

Pasando a la legislación alemana, esta considera a . . . "La patria potestad de los padres como una institución establecida, en primer término, en interés del hijo; no ha desaparecido sin embargo, totalmente la idea de derecho de dominio, en cuanto también toma la ley en cuenta el interés del titular de la patria potestad".(350)

Lo anterior no debe tomarse como una definición, sino que se transcribe con el objeto de hacer notar que en la legislación alemana se le da el ejercicio de tales derechos únicamente al padre y a la madre, teniendo también gran importancia los bienes de los menores, que los padres están obligados a administrarle, tanto para beneficio del hijo como en beneficio propio.

Ahora bien la definición que a nuestro concepto es la más completa y ajustada a nuestro derecho, está enunciada por Juliene Bonnecase que dice: "La patria potestad es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio,

(349).- J. Castán Tobeñas. "Derecho Civil Español Común y Foral". Ob. cit. p. 245.

(350).- Heinrich Lehmann. Derecho de Familia. Ob. cit. p. 304.

al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en sus personas como en sus patrimonios. (351).

La anterior definición nos parece más acertada, al enunciar que la patria potestad la ejercen tanto los progenitores y en su caso los ascendientes, pero en lo relativo al ejercicio por terceras personas, no es aplicable a nuestro régimen legal. En tal definición también se hace referencia a que las personas que la ejercen lo hacen tanto sobre la persona del menor como en sus bienes.

Después de tener presente cada una de las definiciones estudiadas, nosotros consideramos que la patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones legalmente reconocidos en principio tanto al padre como a la madre, posteriormente y en su caso, a los ascendientes respecto a los hijos menores nacidos de matrimonio o fuera de él pero reconocidos, sobre los adoptivos, no emancipados, tanto en sus personas como en su patrimonio.

Se dijo, "conjunto de derechos y obligaciones legalmente reconocidos" porque esta institución ya no está establecida en beneficio exclusivo de quienes la ejercen, sino que trae consigo obligaciones que deben cumplirse.

Se enunció "posteriormente y en su caso a los ascendientes", porque una vez que faltan los padres o están impedidos legalmente para ejercer la patria potestad, entrarán en ejercicio de la misma los ascendientes.

Creemos, que una vez, estudiada, cada una de las definiciones, dadas, por los juristas, antes mencionados, acerca de lo que se entiende por patria potestad. Podemos conceptualizar a la pérdida de la patria potestad, mencionando lo siguiente:

(351).- Juliene Bonnecase. Elementos de Derecho Civil. Ob. cit. p. 427.

La pérdida de la patria potestad, es el despojo de los derechos reconocidos y otorgados por la ley, a los padres y abuelos en relación a sus hijos o nietos, para cuidarlos, protegerlos y educarlos, así como a sus bienes.

Guitrón Fuentevilla, considera que perder la patria potestad significa, que al titular de ella, sólo le quedan las obligaciones y no los derechos; es decir, se le priva de el derecho de participar en su educación, auxiliarlo en caso de enfermedad, así como tampoco podrá verlo físicamente, durante su menoría de edad. (352)

La pérdida de la patria potestad, como ya lo hemos reiterado, esta regulada en el artículo 444 (353) del Código Civil Vigente, que consta de cuatro fracciones, que a continuación transcribimos:

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

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

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

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

Es importante notar que en su fracción III, el legislador, comete un grave error, al establecer que se sancionará con la pérdida de la patria potestad, a los cónyuges que tramitado el divorcio, sean considerados culpables, según la sentencia de divorcio.

(352).- Guitrón Fuentevilla Julián. ¿Que es el Derecho Familiar?. Segundo Volumen. Ob. cit. p. 107.

(353).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob. cit. p. 125.

Ya que esta fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la pérdida de la patria potestad.

De lo cual se desprende que la pérdida de la patria potestad es la sanción impuesta por el Juez familiar, a su criterio; según el interés que él considere mejor para el menor, sin tomar en cuenta circunstancias personales, es decir que el legislador con su afán de castigar al cónyuge culpable, termina con la vida de una familia, y con el futuro de un menor. (354)

Ricardo Couto menciona que se pierde, la patria potestad de un modo definitivo deja de pertenecer a una persona, sin que esta pérdida implique una extinción de aquel derecho, mas que con relación a la persona que lo ha pedido. (355)

Es decir que la pérdida de los derechos que concede la institución afecta únicamente al ejercicio de la misma respecto de la persona que la ejerce, a diferencia de la extinción que afecta directamente a la patria potestad, ya que le pone fin a la misma.

Montero Duhalt, considera que la existencia de cada una de las fracciones del artículo 444 del Código Civil Vigente, que hace referencia a los casos de pérdida de la patria potestad, es innecesaria, menciona que bastaría 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 o moralidad de los menores., quedando de esta manera comprendidas todas las conductas nocivas, independientemente de que las mismas fueran consideradas o no como delitos. (356)

(357).- D' Antonio. Ob. cit. p. 171.

(354).- Guitrón Fuentevilla Julián. ¿Que es el Derecho Familiar?. Segundo Volúmen. Ob.cit. p. 107.

(355).- Ricardo Couto. Ob. cit. p. 326.

(356).- Duhalt Sara. Derecho de Familia. p. 327.

De lo anterior, no estamos de acuerdo, ya que como lo hemos mencionado, la pérdida de la patria potestad, debe abrogarse de nuestra legislación Vigente.

A mayor abundamiento, diremos, que la mayoría de los autos, hacen referencia a la pérdida de la patria potestad, aceptándola como una sanción. Haciendo una descripción de la misma.

La pérdida de la patria potestad, se funda en una conducta paterna manifestadora de un grave incumplimiento o indebida satisfacción de los deberes integrantes de la patria potestad, que por su entidad hace peligrar la finalidad de la institución. (357)

En conclusión diremos que la pérdida de la patria potestad, es la sanción impuesta por el Juez Familiar, a su criterio; según el interés que él considere mejor para el menor, sin tomar en cuenta circunstancias personales.

La pérdida de la patria potestad la conceptualizamos como el despojo de los derechos reconocidos y otorgados por la ley, a los padres y abuelos en relación a sus hijos o nietos, para cuidarlos, protegerlos y educarlos, así como en relación a sus bienes.

(357).- D'Antonio. Ob. cit. p. 171.

V.-CARACTERÍSTICAS DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

Para entrar al estudio de las características de la pérdida de la patria potestad consideramos pertinente referirnos primeramente a las características de la patria potestad siendo, estas las siguientes: a) es un cargo de intereses público, b) Irrenunciable, c) Intransferible, d) Imprescriptible, e) Temporal, f) Excusable. Asimismo haremos referencia conjuntamente, a la pérdida de la patria potestad.

a) Cargo de interés público.

La patria potestad es la institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras éstos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse así mismos. El conjunto de deberes y derechos que componen esta institución se considera de interés público, al establecerlo la ley como un cargo irrenunciable.

La pérdida de la patria potestad, la consideramos igualmente de interés público, ya que en este caso, la intervención de un órgano jurisdiccional es inexcusable para prevenir un daño o un perjuicio; o para corregir o hacer cesar los efectos de los que se hayan producido, se estén produciendo y que por consiguiente, sólo por la vía del proceso se puede alcanzar la protección de los derechos afectados.

En el caso en cuestión, notablemente, al sancionarse con la pérdida de la patria potestad, el estado tiene la facultad, de intervenir, para lograr la protección del interés y el bienestar de los hijos. Ya que dicha sanción, se estableció precisamente para la protección de los hijos, aunque como ya en repetidas ocasiones hemos dicho, no estamos de acuerdo.

b) Irrenunciable

Expresamente el artículo 448 del Código Civil determina que "la patria potestad no es renunciable, de acuerdo con el texto del artículo 6º del propio ordenamiento "solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten

directamente al interés público, la patria potestad tiene un significado de interés público". (357) De allí que textualmente se le considere irrenunciable, por implicar el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto: traer hijos al mundo. (358)

La pérdida de la patria potestad, no es renunciabile. Fundamos tal afirmación, en que al ser sancionado el padre culpable, con la pérdida de la patria potestad, éste no puede, renunciar a dicha sanción, por estar tutelado su cumplimiento, por el estado.

c) Intransferible.

La patria potestad tiene su origen en la relación paterno-filial y primariamente, su causa en el hecho de la generación, de manera que solo esta circunstancia determina su nacimiento y permanencia, por lo que no es admisible ningún acto o negocio por el cual se pueda transferir a otra persona. Únicamente cuando su titular no puede ejercerla, la ley suple su falta con la institución tutelar. Solo excepcionalmente se permite la sustitución de la patria potestad de unos padres por la de otros, como en el caso de la adopción, pero ello por razones muy particulares y siempre que este cambio sea conveniente para el adoptado. (359)

La pérdida de la patria potestad, es intransferible al considerar nuevamente, que por ser una relación de carácter familiar son de carácter personalísimo, es decir el padre que fue sancionado, con dicha sanción no puede transferir su sanción al otro padre, para éste poder ejercer la patria potestad.

Asimismo no puede transferirse por ningún título oneroso ni gratuito.

(357).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob.cit. p. 42.

(358).- Duhalt, Sara. Ob.cit. p. 342.

(359).- Ruiz ,Serramalera. Ob. cit. p. 368.

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. Su falta de ejercicio efectivo puede llevar consigo otras consecuencias jurídicas, pero nunca su extinción por deseo voluntario o negligente.⁽³⁶⁰⁾

Asimismo la pérdida de la patria potestad es imprescriptible, ya que como hemos mencionado, ésta no se adquiere; ni se extingue por prescripción. Este derecho no se encuentra sujeto a prescripción ya que por el simple transcurso del tiempo ni se adquiere la pérdida de la patria potestad, ni se libra de las obligaciones que esta establece.

e) 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 de 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.

La pérdida de la patria potestad, es considerada como temporal, ya que esta sanción solo se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello sólo se sancionará en el tiempo en que se ejerce la patria potestad; es decir, a partir del tiempo en que dura 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 18 años en que empieza la mayoría de edad de acuerdo con el artículo 646 del Código Civil.⁽³⁶¹⁾

(360).- Ibidem, p. 369.

(361).- Ibidem, p. 160.

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 tienen sesenta años cumplidos, y 2) cuando por el mal estado habitual de salud no se pueda atender debidamente a su desempeño artículo 448. (362).

La excusa, de acuerdo con las circunstancias señaladas, es una facultad que otorga la ley, pero no es un deber. 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.

La pérdida de la patria potestad, se considera Inexcusable. Al sancionar con la pérdida de la patria potestad, no puede dejar de someterse al cumplimiento de ésta. No puede eludirse su cumplimiento con pretextos.

Asimismo observamos ciertos caracteres positivos de la patria potestad. Sin perjuicio de su valoración como elementos naturales, cuya presencia no debería faltar en ninguna circunstancia, pueden estar sujetos a ciertas alteraciones de acuerdo con las exigencias de cada momento. Según la actual configuración de la patria potestad, estos caracteres son los siguientes:

a) Ejercicio conjunto.

La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores, o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro, estableciéndose que únicamente, en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

(362).- Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Ob. cit. p. 126.

Mientras la patria potestad, es otorgada como un derecho ejercido por ambos padres, es decir se ejerce de una manera conjunta. La pérdida de la patria potestad tiene como efectos que el ejercicio de la misma, recaiga únicamente en uno de ellos, o en su defecto, si ambos padres fueren culpables, recaerá según lo determine la ley.

De lo anterior se desprende que el ejercicio de la patria potestad, después de una sanción de pérdida, el ejercicio solo estará a cargo del padre inocente. Dando lugar a un ejercicio más bien de carácter unilateral.

b) Intervención activa de los menores.

Frente a la situación pasiva que correspondía a los sometidos a la patria potestad en la anterior legislación, en código dispone ahora que "si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Por lo que se refiere a la pérdida de la patria potestad más bien observamos una Intervención pasiva de los menores. Es decir para sancionar con la pérdida de la patria potestad, no se toma en cuenta la opinión del menor, el legislador con el propósito de castigar al padre culpable, decide según su criterio, la pérdida de este derecho.

c) Control judicial.

El Código Civil hace participar a la autoridad judicial de manera decisiva en el desarrollo de la patria potestad y por consiguiente en relación a la pérdida de la patria potestad, no sólo resolviendo los desacuerdos que puedan surgir entre quienes conjuntamente la ejercen, sino atribuyéndole una serie de facultades para dictar las medidas cautelares o las disposiciones que crean convenientes a fin de asegurar o cubrir todas las necesidades de los hijos o para evitarles cualquier perturbación, peligro o perjuicio, para lo cual concede la más amplia legitimación para inatar la intervención del Juez.

VI. ABROGACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, REFORMA AL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ESTABLECIENDO EN ESTOS CASOS LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD SEGÚN LA HIPÓTESIS DE LA LEY.

Llegamos a la fase final del estudio de la Institución que nos ocupa. Al penetrar en esta última parte, consideramos importante mencionar que nuestra legislación pertenece al grupo de países que tienen reglamentadas en forma separada, los tres supuestos que implican la desaparición o cesación de la patria potestad.

Esta Clasificación data desde el Código de 1884 cuyo capítulo III tiene también un título exacto al del Código Civil vigente: "De los modos de acabarse y suspenderse la Patria Potestad". Ricardo Couto considera que es incompleta la leyenda o título de este capítulo y afirma que el Legislador tuvo en la mente tres ideas distintas al redactar este capítulo, que son: Extinción, Pérdida y Suspensión de la Patria Potestad. Concluye que el Capítulo debió tener el siguiente título "De los modos de acabarse, perderse y suspenderse la Patria Potestad". (363)

A nuestro juicio, el título, no es incompleto, sino todo lo contrario de cierta manera nos ayuda a establecer, como únicas formas de modificación de la patria potestad, los casos en que se acaba así como los casos en que se suspende. Título que en relación a nuestro tema de estudio, se identifica claramente, pues no se señala en el mismo, a la pérdida de la patria potestad. Por lo que consideramos un aspecto a nuestro favor, por lo que hace a nuestra propuesta de abrogar la pérdida de la patria potestad, aunque no sea realmente un aspecto de fondo para poder fundamentar, tal modificación.

(363).- Ricardo, Couto. Ob. cit. p. 326.

Por lo que se refiere a la extinción de la patria potestad, observamos las causas naturales y normales que producen con carácter definitivo la extinción de la patria potestad, las diferencias resultan muy escasas entre las legislaciones, pudiendo asegurarse, en síntesis, que casi todas ellas reconocen unos mismos motivos, que pueden clasificarse en dos grupos distintos: 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 bien 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 los padres naturales a los adoptivos, con las diferencias inherentes al tránsito, principalmente en cuanto concierne al ejercicio de la administración y al usufructo legal, en las legislaciones que no les conceden al padre adoptivo.⁽³⁶⁴⁾

Nuestro Código Civil vigente, en su Capítulo III, Título Octavo, estipula las causas por las cuales la patria potestad se acaba, se pierde y se suspende.

La legislación mexicana ha reglamentado tres causas de extinción de la patria Potestad. El Código de 1884 en su artículo 388 y el vigente en su artículo 443, estipula, las siguientes:

- I.- Por muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- II.- Con la emancipación del menor sometido a la patria potestad.
- III.- Por la mayoría de edad.

De estas causas, la primera y tercera, son hechos naturales y la segunda implica una conducta humana. Couto considera que en las motivadas por hechos naturales, "la patria potestad deja de tener razón de ser". ⁽³⁶⁵⁾

(364).- Ibidem. p. 327.

(365).- Ibidem. p. 328.

Estas causas naturales de extinción tienen efectos distintos. Cuando muere el que la ejerce y si no existen ascendientes en quien recaiga, se abre la tutela y por lo tanto el menor no adquiere la capacidad de ejercicio de ningún derecho. En cambio cuando cumple la mayoría de edad, "ipso facto" entra al ejercicio de todos sus derechos, en cuanto a su persona y a sus bienes, igualmente, desde ese momento, la ley lo considera plenamente responsable de todos sus actos.

Emancipación.- Esta causa de extinción, implica necesariamente un acto volitivo tanto de los que la ejercen como de los sometidos a ella.

Nuestro Código Civil vigente, considera dos causas de emancipación: El matrimonio del menor y la decretada por el juez, a solicitud del menor. En ambos casos es indispensable el consentimiento de los que la ejercen. En el primer caso, en forma indirecta, al dar su consentimiento para que contraiga matrimonio. En el segundo en forma directa, una vez que se haya probado que ha cumplido 18 años, observando buena conducta y su aptitud para el manejo de sus intereses".

Ricardo Couto menciona, que existe otra causa de extinción de la patria Potestad, y que es la muerte del menor sometido a ella, considerando que el legislador no la mencionó, por obvia.

Respecto a la suspensión de la patria potestad, Ricardo Couto menciona "La patria potestad . . . se suspende, cuando de un modo temporal es privado de su ejercicio el que la tenía".(366). Por lo tanto en nuestra legislación puede suspenderse la patria potestad por tres causas, que son las enumeradas en el artículo 447, a saber: por haber sido declarada en forma su ausencia y por haber sido condenado expresamente a ser suspendido en el ejercicio de la patria potestad.

Hay que hacer notar la diferencia que existe entre pérdida y suspensión, ya que fundándose en ella puede señalarse la distinción que existe entre ambas.

En los casos de pérdida de la patria potestad, no se previene que la persona que haya sido privada de ella, pueda recuperarla. Ahora bien en los casos de suspensión, si se presume que el ascendiente que haya sido condenado a tal suspensión, pueda recuperarla y siempre su tiempo de duración será temporal, es decir, perdurará hasta que desaparezca la causa que le dio origen. Quien fue suspendido en el ejercicio de la patria potestad, lo recobrará íntegramente y la ejercerá como si nunca lo hubiere hecho, o sea, aceptando los acontecimientos tal como se le presenten, no pretendiendo que sean iguales a como él los dejó.

Por último, por lo que se refiere a las causas de pérdida de la patria potestad, la encontramos en el artículo 444 del Código Civil vigente.

Según este Código la pérdida de la patria potestad, tiene carácter definitivo, salvo en las causales de divorcio, algunas de las cuales el cónyuge culpable tiene la oportunidad de recuperarla, cuando fallezca el cónyuge inocente.

Abrogación de la pérdida de la patria potestad:

Por lo que hace a la abrogación de la pérdida de la patria potestad fundamos tal afirmación en las siguientes consideraciones:

A nuestro juicio la patria potestad, no debe ser sancionada con la pérdida, por ser ésta una institución de carácter público y establecida en beneficio de los menores sujetos a ella, no puede ser objeto de ninguna transacción o modificación por convenios privados y considerada por los legisladores del Código Civil Vigente, como un todo indivisible, no es posible condenar a quien la ejerce, a la pérdida de determinado derecho verbi gracia, el de corrección o el de administración de los bienes del menor de disfrute de los mismos, sino que se

priva totalmente de todos los atributos que le son otorgados, con motivo de ese ejercicio.

A mayor abundamiento la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia menciona que la patria potestad no constituye un genuino y propio derecho subjetivo o poder jurídico que se atribuye al titular para la consecución o logro de su interés, si no que, por el contrario, constituye una función jurídica o potestad. Frente a los derechos subjetivos, las potestades son poderes jurídicos que se atribuyen a una persona, no para que ésta realice a través de ellos sus propios intereses, sino el interés de otra persona u otras personas. Confluyen, por ello, en la idea de potestad, junto al elemento de poder jurídico, un elemento de deber o de obligatoriedad en el ejercicio. Un ejemplo claro lo encontramos en el artículo 6º del Código Civil (renunciabilidad de los derechos privados) es plenamente aplicable a los derechos subjetivos, pero, en cambio, no lo es a aquellas situaciones de poder jurídico que deben ser incluidas dentro del marco técnico de las potestades. Por otro lado la irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que de renunciarse a esa potestad, ello se haría, indudablemente, contra el orden público y en perjuicio de un tercero, entendido el orden público como el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas. Desde este punto de vista no cabe duda de que constituye un principio general de nuestro derecho el del carácter tutelar de la patria potestad. (367)

De lo anterior, concluimos que la patria potestad se considera como un derecho natural, el cual no puede ser susceptible de modificaciones, es decir no se puede despojar a un padre, a una madre, o a los abuelos paternos o maternos del sagrado derecho natural de ser padres o abuelos.

(367).- Ruiz Lugo y Mandujano, *Copilación de Jurisprudencias y Ejecutorias Importantes en Materia de Familia 1917 a 1988*. Tomo IV.p. 185.

La pérdida de la patria potestad, a nuestro juicio, se establece en nuestro país por un grave error cometido por el legislador, al copiar del Código Napoleón disposiciones absoletas que hasta nuestros días permanecen intocables. Tal vez como consecuencia de su poca creatividad, para plasmar disposiciones que estuvieran de acuerdo con la realidad jurídica de México por lo que se refiere a sus relaciones familiares.

Sin embargo, poco a poco, en nuestros días se ve la necesidad de proteger a la familia, y como consecuencia a los menores de edad, una de las legislaciones que plasma, estas disposiciones es el Código Familiar de Hidalgo, el cual ya hemos estudiado con detenimiento, teniendo presente que entre una de sus aportaciones más importantes, es que la "patria potestad no debe perderse nunca y en ninguna hipótesis". (368)

Asimismo se menciona que el legislador acertadamente, recoge la realidad social y el derecho natural, considerando que sancionar con la pérdida de la patria potestad, es dejar de reconocer que la conducta humana es dinámica y que las personas que ejercen la patria potestad pueden cometer hoy conductas indebidas y corregirlos el día de mañana. (369)

La Legislación de Hidalgo, es un ejemplo claro a seguir, asimismo nos da el fundamento para apoyar nuestra propuesta, al establecer en sus artículos, únicamente los supuestos en los cuales se acaba la patria potestad así como los casos en que opera la suspensión, contempladas en sus artículos 264 al 268, ya antes estudiados. (370)

(368).- Guitrón Fuentevilla, Julián. ¿Que es el Derecho familiar?. Ob.cit. p. 379.

(369).- Idem.

(370).- Guitrón Fuentevilla Julián. Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Ob.cit. p. 61.

En su artículo 264 dice: "la patria potestad se termina":

- I.- Por la muerte del titular, si no hay persona en quien recaiga;
- II.- Por la mayoría de edad del hijo.
- III.- Por la adopción del hijo, en cuyo caso la patria potestad se transmite al adoptante

En su artículo 265 dice: "La patria potestad se suspende".

- I.- Por malos tratos al menor.
- II.- Por poner al menor en peligro de perder la vida.
- III.- Por causarle daños físicos o morales, etc.

De lo anterior se desprende, que se suprimió la pérdida de la patria potestad, por considerarla no solo una sanción, sino más bien una de las más graves ofensas que continúan establecidas en la legislación mexicana. Y que van en detrimento del menor, pues no se toma en cuenta su opinión.

A nuestro juicio, la pérdida de la patria potestad se ha establecido con la finalidad de sancionar al que la ejerce, cuando su conducta constituye una amenaza para la salud, seguridad o moralidad de los menores. Sin embargo el legislador que la estableció, no consideró al menor que estando, bajo el ejercicio de la patria potestad, pierde mas que el padre.

De lo anterior consideramos, que más bien es una sanción para el hijo, al dejarlo sin la posibilidad de que sus padres ejerzan sobre él, el conjunto de facultades y derechos que la misma ley le otorga. Observando que realmente al padre que se le castiga con la pérdida de la patria potestad, en la mayoría de los casos, toma una actitud de indiferencia. Independientemente aunque tenga que cumplir con las obligaciones que esta misma establece.

A mayor abundamiento, Guitrón Fuentevilla menciona, que perder la patria potestad significa, que al titular de ella, sólo le quedan las obligaciones y no los derechos; estableciendo que en el supuesto de que el padre sea castigado con la pérdida de la patria potestad, en relación a su hijo menor de un año, no podrá volver a verlo físicamente en los próximos diecisiete años, ni participar en su educación, ni auxiliarlo en caso de enfermedad.

Asimismo considera que perder la patria potestad es la sanción impuesta por el Juez Familiar, a su criterio; según el interés que él considere mejor para el menor, sin tomar en cuenta circunstancias personales, sin importarle al Juez, si termina con la vida de un menor y de una familia. (371)

En conclusión, consideramos que la aplicación de la pérdida de la patria potestad en nuestro Derecho Familiar, limita la aplicación equilibrada y justa de las relaciones entre padres e hijos. Y por lo consiguiente debemos tener en la Legislación Familiar un ejemplo a seguir, por considerar que con estas disposiciones se protege a los menores estableciendo como sanción, cuando se atente contra ellos o se les abandone, la suspensión de la patria potestad, únicamente durante el lapso que ha juicio del juez familiar determine, para poder ser reinstalado. La suspensión será temporal y siempre estarán vigentes las obligaciones económicas de los titulares de la patria potestad, por lo que respecta a su obligación con los menores.

(371).- Guitrón Fuentevilla, Julián. ¿Que es el Derecho Familiar?. Segundo Volumen. Ob.cit. p. 107.

Reforma al artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal.

La pérdida de la patria potestad, como ya lo hemos estudiado se encuentra regulada tanto en el Código de 1870, 1884 y 1932, en su Título Octavo, Capítulo III, llamado "De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad", que hasta nuestros días permanece en el Código Civil vigente.

Mientras el Código de 1870 y 1884 establecen que la patria potestad se pierde, en dos supuestos:

- 1.- Cuando el que ejerce, es condenado á alguna pena que importe la pérdida de este derecho,
- 2.- En los casos señalados por los artículos 268 y 272, que se refieren a los supuestos de divorcio.

El Código de 1932, establece que la patria potestad se pierde en cuatro supuestos:

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

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

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

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

De lo anterior observamos que el Código Civil vigente, modifica su artículo relativo a la pérdida de la patria potestad, aumentando, las causas por las cuales se despoja al titular del ejercicio de ésta, en su fracción III y IV.

Asimismo el artículo antes transcrito, nos demuestra que la pérdida de la patria potestad, permanece regulada hasta nuestros días, como una sanción. Por lo que se refiere a su primera fracción, se sancionará con la pérdida de la patria potestad, cuando cualquiera de los titulares que ejerza la patria potestad es condenada en Derecho Penal, si ha cometido en más de dos ocasiones un delito grave.

Su fracción III dice que hay pérdida cuando los padres tienen costumbres depravadas; si maltratan a sus hijos; si abandonan sus deberes como progenitores, que tengan como consecuencia, comprometer la salud o poner en entredicho la seguridad física o la moralidad de los hijos.

La fracción IV dice que habrá pérdida de la patria potestad, si los padres o la madre convierten en expósito a su hijo, es decir por dejarlo abandonado en la calle o en el quicio de una puerta. Así como, por dejarlo sin protección ni seguridad, en un lapso mínimo de seis meses.

Guitrón Fuentevilla, menciona que la exposición de los hijos por los padres, es suficiente motivo para que éstos pierdan la patria potestad, argumentando que en estos casos ni el padre ni la madre merecen ese calificativo. Sin embargo, los vínculos consanguíneos, los de la formación de esos hijos, son indisolubles. Al considerar que independientemente de las causas por las cuales se deje abandonado al niño, este siempre será hijo de sus padres. (372)

(372).- Guitrón Fuentevilla, Julián. ¿Que es el Derecho Familiar?. Ob.cit. p. 139.

A nuestro juicio consideramos que la fracción II del artículo estudiado, merece una atención especial, al considerar que la pérdida de la patria potestad en los casos de divorcio, en nuestra época ha sido objeto de que mercaderes del derecho familiar, pongan en peligro la seguridad de un menor.

En nuestro Código Civil se regula al divorcio voluntario y al divorcio necesario; por lo que hace al divorcio voluntario, no se podrá sancionar a ninguno de los cónyuges a la pérdida de la patria potestad, por no existir cónyuge culpable. Pero si hablamos del divorcio necesario, tendremos que reiterar que el legislador comete una aberración jurídica, al reformar el artículo 283, que establecía la clase de causal para decretar el divorcio necesario, la cual determinaba la sanción de la pérdida de la patria potestad, con la modificación al artículo 283 ya no existe disposición legal que determine quién es el cónyuge culpable en un divorcio .(373)

En conclusión, el legislador al establecer la pérdida de la patria potestad, no tomó en cuenta al hijo, erróneamente considerando fundamental el sancionar a los padres, sin reflexionar que a los menores se les deja en una notable desventaja, es decir el hijo no tendrá orientación, formación, así como ni los requerimientos necesarios para hacer de él un ciudadano de bien. No es posible sancionar con la pérdida de la patria potestad, por considerar que los vínculos de consanguinidad son indisolubles, porque en el caso específico de que un matrimonio se divorcie, la ley disuelve al matrimonio pero nunca a la familia, porque los vínculos consanguíneos lo van a ser para siempre. Ese menor será hijo siempre de sus padres, aun cuando éstos se divorcien.

(373).- Guitrón Fuentevilla, Julián. ¿Que es el Derecho Familiar?. Segundo Volumen. Ob.cit. p. 121.

Por ello proponemos de abrogue la pérdida de la patria potestad, estableciendo una suspensión temporal de esos derechos familiares, para que posiblemente con el tiempo, la madurez, el reconocimiento de los errores, esos hijos volvieran a reencontrarse con sus padres, a efecto de continuar ejerciendo tanto los derechos como las obligaciones que otorga el ejercicio de la patria potestad. Dejando totalmente sin efecto el artículo 444 del Código Civil vigente por considerarlo incompatible con nuestras propuestas, es decir dejando sin efecto la pérdida de la patria potestad.

A.- PROPUESTA PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 447 DEL CÓDIGO CIVIL PARA DEL DISTRITO FEDERAL, ESTABLECIENDO EL PLAZO PARA QUE SE LLEVE A CABO UNA REVISIÓN DE LA SITUACIÓN QUE LE DIO ORIGEN A LA SUSPENSIÓN.

Al abrogar la pérdida de la patria potestad, consideramos importante señalar, que no por esto la problemática desaparece, debemos darle un tratamiento distinto, es decir, no sancionarlo con una pérdida, pero si con una suspensión temporal de la patria potestad. Por ello que proponemos se reforme el artículo 447 de nuestro Código Civil que dice: "La patria potestad se suspende"

I.- Por incapacidad declarada judicialmente.

II.- Por la ausencia declarada en forma;

III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

A nuestro juicio, aumentaremos las causas por las cuales se suspende la patria potestad, modificando dicho artículo, pues como hemos observado este únicamente consta de tres fracciones. Siendo adicionadas a este, las causas por las cuales se perdía la patria potestad.

Nos basamos para tal afirmación en el Código Familiar del Estado de Hidalgo, el cual suprime a la pérdida de la patria potestad, estableciendo solo supuestos de suspensión y terminación de la misma. En su artículo 265 dice: "La patria potestad se suspende:

- I.- Por malos tratos al menor.
- II.- Por poner al menor en peligro de perder la vida.
- III.- Por causarle daños físicos o morales.
- IV.- Por afectar la moralidad del menor.
- V.- Por abandono del menor.
- VI.- Por condenar por delito grave al que la ejerce.
- VII.- Por la incapacidad del titular, declarada judicialmente.
- VIII.- Por ausencia declarada en forma.
- IX.- Por sentencia condenatoria, imponiendo como pena esta suspensión.

De lo anterior, observamos que la Legislación Familiar de Hidalgo es un ejemplo claro a seguir, da la base para poder modificar a nuestro Código Civil el cual necesita urgentemente ser reformado.

El Código Familiar de Hidalgo, como ya lo hemos mencionado recoge la realidad social y el derecho natural y, sobre todo, protege a los menores estableciendo como sanción, cuando se atente contra ellos o se les abandone, la suspensión de la patria potestad, durante un lapso que a juicio del juez familiar permita observar la conducta del padre o la madre, en relación a ese hijo, para que en su oportunidad, vuelva a ser reinstalado en el ejercicio de la misma, procurando siempre el beneficio de los hijos menores. La suspensión será temporal y siempre estarán vigentes las obligaciones económicas de los titulares de la patria potestad, en relación a sus hijos.

En conclusión, podemos afirmar que la patria potestad es uno de los derechos más importantes de los menores, y por lo consiguiente su pérdida pone en peligro el interés superior del niño, por lo cual consideramos debe reformarse la legislación mexicana, para regular solamente la suspensión y nunca la pérdida total, por considerar que el hijo, en relación con el padre pierde más que éste. Pues a el hijo le faltará la orientación y educación que éste pueda brindarle, más en cambio el padre al ser sancionado, obligándolo a no volver a ver a su hijo, no se detiene a pensar en las consecuencias, considerando mejor para él tal decisión.

Optamos, por una suspensión al considerar que esta sanción únicamente será temporal. Ya que el condenado a tal suspensión, podrá recuperar el ejercicio de la patria potestad, siempre y cuando desaparezca la causa que le dió origen, por su carácter temporal que lo constituye.

B.- REFORMAR EL ARTÍCULO 283 DEL CÓDIGO CIVIL, PARA EL DISTRITO FEDERAL, ABROGANDO LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

El artículo 283 en el nuestro Código Civil antes de la reforma de 1983, determinaba a quién correspondía la patria potestad, tomando en cuenta la causal de divorcio. Cometiéndose uno de los más graves errores en contra de las instituciones familiares, especialmente a los hijos y las mujeres.

Tal afirmación se funda en el desconocimiento total de la "*ratio juris*", por la cual cada causal de divorcio, determinaba a quién debía corresponder la patria potestad. Dándole al Juez familiar, facultades "*ad libitum*", para determinar a su juicio, paciencia e interés por supuesto, a quién corresponde la titularidad de la patria potestad en un divorcio.(374)

(374).- Ibidem. p. 203.

El artículo 283 antes de su abrogación establecía que "los hijos quedaran bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si fueran culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere, se nombrará tutor". Si el divorcio procedía de los siguientes supuestos:

- a- el adulterio.
- b- por el hecho que la mujer diera a luz, durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de celebrado el matrimonio y que judicialmente fuera declarado ilegítimo;
- c- permitir a un tercero tener relaciones con su mujer, por haber recibido dinero o cualquier otra remuneración.
- d- cuando incitara o obligará a su mujer a cometer algún delito, aunque no fuera carnal.
- e- cuando se cometieran actos inmorales por el marido o por la mujer, para corromper a sus hijos, o tolerar ésta.
- f- por separarse de la casa conyugal sin causa justificada por un plazo superior a seis meses,
- g- por que se hubiere cometido por cualesquiera de los cónyuges, un delito no político, infamante, por el que se tuviere que sufrir una pena de prisión de dos años;
- h- porque se tengan los hábitos de juego, embriaguez, uso de enervantes.

En otra hipótesis del mismo precepto, se decía que si el divorcio se había originado por:

- a.- separarse del hogar conyugal, por una causa suficiente para pedir el divorcio, por más de un año sin quien se separó inicie la demanda de divorcio;
- b.- por ausencia legalmente declarada o presunción de muerte;
- c.- por sevicia, amenazas o injurias graves de un cónyuge contra el otro;
- d.- por negarse injustificadamente a cumplir económicamente a sostener el hogar, los hijos, su educación;
- e.- por haberse acusado de calumnias por un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, y
- f.- por cometer un cónyuge contra el otro o sus bienes, un acto que sería castigable si se tratara de un extraño, a condición de que este acto sea un delito castigado con más de un año de prisión;

En estos casos el artículo en mención decía "los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad, hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entre tanto los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor".

La tercera hipótesis decía, si el divorcio es por:

- a.- padecer sífilis, tuberculosis,
- b.- o cualquier otra enfermedad crónica incurable,
- c.- previa declaración de interdicción que se haga en relación al cónyuge demente,

Las disposiciones contenidas en el artículo 283 antes mencionadas fueron eliminadas, al quitarle su validez, desapareciendo la regulación del divorcio en sus efectos respecto a la causa de divorcio, por lo tanto la culpabilidad ya no existe; en

consecuencia, quien decide ahora la suerte de los hijos, la consecuencia de la causa de divorcio invocada y por supuesto la patria potestad, es el juez familiar, quien conforme al nuevo artículo 283, reformado dice :

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual 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 al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello."

De lo anterior se desprende que el Juez observará las normas del presente artículo para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor".

En la misma fecha en que fue abrogado el artículo 283, se le agregó al artículo 267 que establecía las causas por las cuales se podía pedir el divorcio, la fracción XVIII, que permite la disolución del vínculo matrimonial, por el solo hecho de haber transcurrido dos años de separación, sin importar la causa, y por otro lado, es el Juez familiar, quien como dice el precepto, "gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida..."; en conclusión diremos que este tipo de preceptos atenta contra la familia y por lo mismo debe de abrogarse, por considerar que en la práctica sólo a servido para enriquecer a funcionarios corruptos que para satisfacer a padres sin escrúpulos, utilizan a los hijos como chantaje para hacer pagar sus dificultades, entre los cónyuges ocasionadas por un mal comportamiento. Asimismo el Dr. Julián Gruitrón Fuentevilla menciona que el divorcio necesario origina la pérdida de la patria potestad, según sea la causal invocada. Considerando que la poca experiencia del abogado y el apresuramiento de uno de los cónyuges los obliga a promover el divorcio por una causa insuficiente o falsa, dándole al cónyuge inocente o sea a quién no intento el divorcio, la posibilidad de

dándole al cónyuge inocente o sea a quién no intento el divorcio, la posibilidad de obtenerlo basado en la sentencia que lo absolvió, debiendo esperar tres meses a partir de la fecha en que se haya decretado la absolución de quien fue demandado.⁽³⁷⁵⁾

De lo transcrito con anterioridad, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha mencionado que debe aclararse que la patria potestad no se perderá a pesar de no probar plenamente la causal, al señalar incorrecto dejar a los menores bajo la patria potestad del cónyuge inocente, mientras éste viva, y a su fallecimiento permitirles volver a vivir con el cónyuge culpable, considerando que no puede haber una aplicación analógica de la ley, pues no es injuria grave haber intentado un divorcio y no probarlo, además esta argumentación es violadora de los preceptos en que se funda ya que la patria potestad no se pierde por la causal señalada en el artículo 268 del Código Civil.⁽³⁷⁶⁾

En conclusión, en la actualidad la patria potestad se pierde tomando en cuenta la naturaleza de las causales del divorcio y no la declaración de culpabilidad del cónyuge ofensor. Asimismo no debe permitirse la interpretación de la ley, para que como consecuencia se pierda la patria potestad por los padres. Al considerar que la regla es ejercer la patria potestad y la excepción es perderla.

Por lo anterior, consideramos que el artículo 283 debe suprimir la palabra pérdida, en su parte que dice " 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..." , para quedar de la siguiente manera "el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, suspensión o limitación...."

(375).- Guitón Fuentevilla, Julián. ¿Que es el Derecho Familiar?. Ob.cit. p. 245.

(376).- Ibidem. p. 245.

CONCLUSIONES.

1.- En la antigüedad se consideraba la patria potestad, como una institución que beneficiaba únicamente al padre, al que se otorgaban todos los derechos y ninguna obligación, pues al menor sólo se le consideraba como una cosa sin tomar en cuenta su calidad humana. El pater familias disponía inclusive de la persona de los que se encontraban sujetos a su patria potestad.

Esta institución ha evolucionado, del poder absoluto de carácter eminentemente privado establecido en beneficio exclusivo del padre, a una función protectora de carácter social y público, en beneficio de los sometidos a ella, controlada y vigilada por órganos y autoridades específicas e idóneas.

La institución de la Patria Potestad, no obstante su evolución, en algunas legislaciones sigue construida por algunas de las características que el Derecho romano establecía. Así podemos asentar que casi todas las legislaciones otorgan primordial preferencia al padre, para el ejercicio de la Patria Potestad, negándole, a la madre, la capacidad suficiente para cumplir plena y eficientemente con este ejercicio.

Los Códigos Civiles Mexicanos de 1870 y 1884, recopilaron las ideas fundamentales de la patria potestad, reglamentándolas tomando como base que la institución está creada para beneficio y cuidado del hijo y no del padre, imponiéndose a éste último, obligaciones que debía cumplir teniendo como meta, alcanzar la mayor utilidad para el menor que esta bajo su cuidado. Enumeran ya para evitar confusiones las personas que ejercerán la patria potestad, pero dándole siempre primacía al varón.

FALTA PAGINA

No²²⁹.....a la²³⁰.....

2.- La patria potestad es otorgada en su ejercicio tanto al padre como a la madre no excluyéndose a ésta como antiguamente se hacía y en su caso a los ascendientes, aceptándose que tal ejercicio lleva consigo derechos y obligaciones, tomando un aspecto de relaciones jurídicas bilaterales en beneficio del menor. Por lo que siguiendo tales ideas y tomando un aspecto de relaciones jurídicas bilaterales en beneficio del menor.

3.- Quienes están sujetos a la patria potestad tienen la obligación de honrar y respetar a sus ascendientes, extendiéndose esta obligación aún cuando dejen de estar bajo la patria potestad y haya cambiado su condición frente a éstos.

Los principales derechos y obligaciones que tienen quienes ejercen la patria potestad sobre la persona y bienes de los menores sujetos a ella son: el derecho de guarda, consistente en la debida protección y cuidado del menor; el deber de educar al hijo convenientemente, la obligación de alimentarlo, siendo esta obligación también de los menores cuando el ascendiente tenga necesidad de ellos; otro derecho que tienen los ascendientes es el de castigar y corregir a los menores que están bajo su cuidado, igualmente tendrá el derecho de representar al menor en juicio y fuera de él, así como la facultad de otorgar el consentimiento para que éste pueda contraer matrimonio.

En relación con los bienes del hijo tendrá el derecho a la administración así como al usufructo legal de los mismos. Otra obligación de carácter patrimonial a cargo de quien ejerce la patria potestad, es la de reparar el daño causado por el hijo en la comisión de un delito.

4.- Es universalmente aceptado el principio de que los hijos deberán respetar y honrar a sus padres, aún después de cumplir la mayoría de edad. Este precepto,

que encontramos incluido en todas las legislaciones estudiadas, tiene una base moral, y por lo tanto, también puede asentarse que es un principio de Derecho Natural, más que de Derecho Positivo.

Con un criterio uniforme, todas las legislaciones que hemos estudiado reconocen y reglamentan con esmero de detalles, el derecho de corrección de los padres hacia sus menores hijos, imponiendo penas que van de la simple amonestación, hasta el arresto. El Estado, que en casi todas las situaciones que regula la Institución de la Patria Potestad, desempeña un papel de vigilante, en este caso se convierte en un verdugo, presto a hacer cumplir las penas impuestas por la Ley, al servicio de los que ejercen la patria potestad.

La representación, es generalmente admitida que la ejerzan los padres o ascendientes respecto de sus hijos menores, con la circunstancia de que a determinada edad, este derecho de representación se anula, cuando los padres o ascendientes que ejercen la patria potestad tienen intereses opuestos a los de los sometidos a su patria potestad.

Quienes ejercen la patria potestad tienen los derechos de administración y usufructo, en relación con los bienes de los sometidos a la misma. Se exceptúan expresamente los actos de dominio.

5.- La patria potestad se extingue o acaba cuando no tiene razón para que subsista la institución ya sea porque muera quien la ejerce si no hay otra persona que lo substituya en el ejercicio de la misma, por la muerte del menor, por su emancipación o por alcanzar la mayoría de edad. En todos estos casos se pone fin a la institución en sí misma y la persona a cuyo favor haya operado la extinción, nunca estará nuevamente bajo la patria potestad de nadie.

6.- Es reglamentada y admitida, la suspensión de la patria potestad. Se reconoce ya característica de ésta opera cuando los padres o ascendientes no están en situación de poder ejercer este derecho, ya sea por incapacidad, ausencia o porque abusan de las facultades que se les han concedido, o por no haber cumplido con las obligaciones impuestas en esta Institución.

A diferencia de la extinción y de la pérdida, la suspensión estipula que la pérdida de derechos es temporal, y por lo tanto, siempre es posible recuperar el ejercicio de la patria potestad.

7.- La pérdida de la patria potestad, no afecta a la institución en sí misma, sino solamente a quien fue privado de ella. En algunas legislaciones, se admite el carácter definitivo de la pérdida de la patria potestad, es decir, que no pueden recuperarla. En otras, reconocen la posibilidad de recuperarla en favor de quienes fueron sentenciados a perderla. La pérdida de la patria potestad, no es automática, como la extinción sino que siempre presupone una declaración judicial firme.

8.- Se pierde la patria potestad, cuando quien la ejerce es privado definitivamente de su ejercicio por sentencia ejecutoriada, sin que esto implique que el menor que estaba bajo el cuidado de quien fue privado deje de estar sujeto a la misma, ya que únicamente perjudica a quien fue privado de ella y no la institución en sí.

Por lo tanto la patria potestad, se perderá cuando el que la ejerza, es privado expresamente de ella, cuando sea condenado por algún delito grave en dos o más ocasiones, por haber dado origen a alguna causal de divorcio que impone como pérdida de tal ejercicio cuando peligren la salud, la seguridad o moralidad de los hijos o porque los menores sean expuestos o abandonados. El hecho de perder el ejercicio de la patria potestad, no trae aparejada la desaparición de las obligaciones impuestas por la misma, sino que en todos los casos subsistencia

igual que los derechos emanado de los lazos del parentesco así como las bromas impuestas tanto a los padres como a los hijos por el derecho natural.

La patria potestad, es una institución de carácter público, no autorizando la ley la modificación de la misma, por voluntad de los particulares, siendo también irrenunciables pero sin embargo la misma legislación autoriza que las personas a las que les corresponde el ejercicio de la misma puedan excusarse, permitiéndose únicamente porque tengan más de 60 años cumplidos o por su estado de salud les sea difícil e imposibles ejercerla. Tal excusa deberá entenderse que se hace con el carácter de irrevocables y sin reservarse ningún derecho.

9.- La pérdida de la patria potestad, es la sanción impuesta por el Juez Familiar, a su criterio, según el interés que él considere mejor para el menor, sin tomar en cuenta circunstancias personales. Significa, que al titular de ella, sólo le quedan las obligaciones y no los derechos; es decir quien tiene la obligación de mantener al hijo, de proveerlo de los medios para su educación, su esparcimiento, su alimentación, perderá el derecho a participar en la formación de ese menor.

10.- La pérdida de la patria potestad ha sido una de las ofensas más graves, que continúan establecidas en nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, desde mucho tiempo atrás. Con el propósito de castigar al cónyuge culpable, no tomando en consideración que un hijo sin padre, pierde más que un padre sin hijo.

Sin detenerse a observar que en la práctica la pérdida de la patria potestad establecida como sanción, sólo a servido para enriquecer a funcionarios corruptos y para satisfacer a padres sin escrúpulos, que utilizan a los hijos como medio de presión y chantaje sentimental para hacer pagar culpas al otro cónyuge, por un mal comportamiento, que en ultima instancia no debe perjudicar al menor, quien ni siquiera ha sido tomado en cuenta al decretarse la sanción. Sin embargo

observamos que éste sí recibe en carne propia, las consecuencias de las faltas cometidas por sus padres.

11.- La abrogación de pérdida de la patria potestad, considerada a nuestro juicio como una solución al impedir que una figura jurídica absoleta, atente contra la integridad familiar, permitiendo que el hijo sea considerado como un botín, por los que gozan del ejercicio de la patria potestad, para resolver sus dificultades sin tomarse en cuenta su opinión. Abrogándola siempre con la finalidad de considerar de manera prioritaria el interés del menor.

Aunque como la problemática subsiste, pensamos que la misma debe cambiarse por la suspensión temporal; suspender el ejercicio de ese derecho al padre o madre irresponsable, por el tiempo que el Juez considere conveniente.

BIBLIOGRAFÍA

Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. Derecho de Familia. y Sucesiones. Editorial Harla. México, 1990.

Batiza, Rodolfo, Las Fuentes del Código Civil de 1928. Editorial Porrúa, S.A., México, 1979.

Barbero Domenico, Sistema del Derecho Privado. Tomo II (Derecho de la Personalidad, Derecho de la Familia, Derechos Reales. Sexta Edición. Ediciones Jurídicas Europa- América- Buenos Aires, 1979.

Belluscio, Augusto C., Manual de Derecho de la Familia. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1979.

Bonnecase, Julián, La Filosofía del Código de Napoleón. Aplicado al Derecho de Familia. Editorial José M. Cajica JR., Puebla, México, 1945.

Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil Argentino. Familia Octava Edición. Editorial Perrot, Buenos Aires.

Calixto, Valverde, Derecho Civil Español. Tomo IV.

Carbonnier, Jean, Derecho Civil. Tomo I. Situaciones Familiares y Cuasi Familiares. Segunda Edición. Boch Casa Editorial, Barcelona, 1960.

Carreras Maldonado, María, La Pérdida de la patria potestad en relación a diversas causales de divorcio.

Castán Tobeñas, José, Derecho de Familia, Sexta Edición. Editorial Reus. Madrid. 1944.

Cicu, Antonio, El Derecho de Familia, Ediar Editores, Buenos Aires.

Courello, Nicolas, Doctrina General del Derecho Civil. UTEHA. México, 1949.

Colín y Capitán, Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo I. Editorial Reus. Madrid. 1922.

Clemente de Diego, Felipe. Instituciones de Derecho Civil (Derecho Obligaciones, Contratos, Derecho de Familia). Tomo II. Edición Artes Gráficas. Madrid. 1959.

Chavez Asencio, Manuel F., Convenios Conyugales y Familiares. Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.

Chavez Asencio, Manuel F., La Familia en el Derecho. Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.

Couto, Ricardo, Derecho Civil Mexicano, Tomo I (de las personas). México "La Vasconia" 1919.

De Cossio y Corral, Instituciones de Derecho Civil. Tomo II (Derechos Reales y Derecho Hipotecario, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones. Editorial Civitas, S.A. Madrid España, 1988.

De Antonio, Patria Potestad. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1979.

De Ibarrola, Antonio, Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. México, 1978.

De Pina, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano,. Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.

De Ruggiero, Roberto, Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Editorial Reus,(Instituto Editorial Reus). Madrid 1979.

Foignet, René, Manual Elemental de Derecho Romano. Editorial Cajica.

Enneccerus-Kipp, Theodor y Martín Woeff, Derecho de Familia Bosch Casa Editora, Barcelona, 1979.

Galindo Garfías, Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso (Parte general, Personas, Familia), Sexta Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1983.

González Juan Antonio, Elementos de Derecho Civil. 7ª Edición. Editorial Trillas, 1990.

Güitrón Fuentevilla, Julián, Derecho Familiar. Tercera Edición. Promociones Jurídicas y Culturales. S.C. México, 1972.

-----, **¿Que es el Derecho Familiar?, Tercera Edición. Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. México, 1987.**

-----, **¿Que es el Derecho Familiar?. Segundo Volumen. Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. México, 1992.**

Gurpinkel de Wendy, Lilian Nora, Patria Potestad.

Gustavino P. Elias, Derecho de Familia Patrimonial, Tomo I. Segunda Edición. Editorial Rubinzal y Culzoni S.C.C. Santa Fe República Argentina.

Iglesias, Juan, Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Tercera Edición. ediciones Ariel, Barcelona, 1958.

Lacruz Berdejo, José Luis y Francisco de Asís Sancho Rebullido, Derecho de Familia. Librería Boch, Barcelona, 1974.

Lacruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivero, El Nuevo Régimen de la Familia. Tomo II. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1982.

Lecrerq, Jaques, La Familia (según el Derecho Natural), Biblioteca Herder. Barcelona, 1979.

Lehmann, Heinrich, Tratado de Derecho Civil (Derecho de familia) Vol.IV. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1953.

Lloveras Nora, Patria Potestad y Filiación. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.

Margadant, S. Guillermo F., Derecho Romano. Editorial Esfinge, S.A., México, 1988.

Messineo Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III Derecho de Familia, Derechos de la Personalidad. Derechos Reales. Ediciones Jurídicas Europa- América. Buenos Aires 1979.

Meza Barros, Ramón, Manual de Derecho de Familia. Colección Manuales Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile, 1979.

Montero Duhalt, Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S.A. México, 1984.

Monroy Cabra Marco Gerardo. Derecho de Familia. Segunda Edición. Edición Librería Jurídicas Wilches. Santa Fe de Bogotá Colombia 1991.

Ovalle Favela José. Derecho Procesal Civil. Editorial Harla, México 1985.

Ortiz Urquidi, Raúl, Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana. Editorial panorama, México.

Pacheco E. Alberto, La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Segunda Edición. Editorial Panorama, México, 1991.

Petit, Eugene, Tratado Elemental del Derecho Romano. Editorial Saturnino Calleja, S.A., Madrid.

Peral Collado, Daniel A., Derecho de Familia. Editorial Pueblo y Educación la Habana, Cuba, 1908.

Puig Peña, Federico, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo II, Vol. Primero y Segundo. Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.

Planiol Marcel, con la colaboración de Jorge Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial Cajica, S.A., Puebla, México, 1983.

Radaelli, Ricardo, Patria Potestad compartida.

Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia. Tomo II. séptima Edición. Editorial Porrúa. S.A., México, 1987.

Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Introducción y Personas. Tomo I. Tercera Edición. Editorial Porrúa. S.A., México, 1980.

Ruiz Serramalera, Ricardo, Derecho de Familia (el matrimonio, la filiación y la tutela). Reproducido por Realigarf, S.A., Madrid, 1988.

Sáinz Gómez S. Derecho Romano I. 1ª Edición. Editorial Limusa. 1991.

Sánchez Medal, Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México, Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1991.

Sánchez Medal, Ramón, Reforma de 1975 al Derecho de Familia. En ocasión del Año Internacional de la Mujer. México, 1975.

Spota, Alberto G., Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968.

Valencia Zea, Arturo, Derecho Civil. Derecho de Familia. Editorial Temis, Bogotá, 1978.

Ventura Silva, Sabino, Derecho Romano, Quinta Edición, Editorial Porrúa. México, 1980.

Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1989.

Zarama, Francisco y Consuelo, La familia Hoy en América latina. Ido-american press Service, Bogotá, 1980.

LEGISLACIÓN.

Código Civil para el Estado Libre de Oajaca 1827.
Código Civil del Imperio Mexicano 1866.
Código Civil del Estado de Veracruz Llave 1868.
Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.
Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.
Ley de divorcio 1914.
Ley sobre Relaciones Familiares 1917.
Código Civil para el Distrito y Territorios Federales 1928.
Código Familiar para el Estado de Hidalgo 1983.
Legislación Familiar del Estado de Hidalgo 1986.

JURISPRUDENCIA

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975.
Informes rendidos por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al Pleno de la misma, durante los años de 1975 a 1981.
Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1976-1989.

ENCICLOPEDIAS JURÍDICAS.

Gurpinkel de Wendy, Dra. Lilian Nora. Patria Potestad, Enciclopedia Jurídica OMEBA, T.XXI, Editorial BIBLIOGRÁFICA Argentina.
Diccionario Enciclopédico Espasa Calpe.
Esriche, Joaquín, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia.

DOCUMENTOS Y REVISTAS.

Alonso Pérez, Mariano. El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad, Revista de Derecho Privado, enero 1973, Madrid, España.

Carreras Maldonado, María. La pérdida de la patria potestad en relación a algunas causales de divorcio, Rev. DIF. México, 1980.

ÍNDICE GENERAL

PROLOGO	3
INTRODUCCIÓN	4

CAPITULO I ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

I.-ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PATRIA POTESTAD	9
A.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO	10
a) DERECHO CLÁSICO Y BAJO IMPERIO	12
b) FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO	13
c) EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO	15
d) ASPECTO PATRIMONIAL DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO	18
B.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO GERMÁNICO	19
a) LA PATRIA POTESTAD DEL PADRE	22
b) PARTICIPACIÓN DE MADRE EN LA PATRIA POTESTAD	24
c) DURACIÓN DE LA POTESTAD DEL PADRE	24
d) LIMITACIONES DE LA PATRIA POTESTAD	25
e) CUIDADO DEL PATRIMONIO CORRESPONDIENTE A LA PATRIA POTESTAD	26
f) EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN RELACIÓN CON LOS BIENES	27

g) SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD	28
h) TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD	29
i) PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD DEL PADREN	29
j) TERMINACIÓN DEL CUIDADO DE LA PERSONA DEL HIJO	30
k) TERMINACIÓN DEL DISFRUTE PATERNO	31
l) CASOS EN QUE TIENE LUGAR LA PATRIA POTESTAD POR EL PADRE	32
m) CASOS QUE TIENE LUGAR LA PATRIA POTESTAD POR LA MADRE	32
n) SUSPENSIÓN Y TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD DE LA MADRE ..	34
o) EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD DE LA MADRE	34
p) RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD POR LA MADRE	34
 C.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL	37
a) LA PATRIA POTESTAD DE LA MADRE	40
b) DEBERES Y DERECHOS DE LA PATRIA POTESTAD	42
c) EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD CON RELACIÓN A LOS BIENES DE LOS HIJOS	44
d) SUSPENSIÓN DEL PODER PATERNO	45
e) EXTINCIÓN DEL PODER PATERNO	46
 D.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO FRANCÉS	48
a) HIJOS SUJETOS A LA AUTORIDAD PATERNA	50
b) DERECHOS Y DEBERES DE LOS PADRES	51
c) EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD CON RELACIÓN A LOS BIENES	53
d) CAUSAS POR LAS CUALES LA PATRIA POTESTAD SE PIERDE	54
e) TRANSMISIÓN DE LA PATRIA POTESTAD	57
f) RESTITUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD	57

CAPITULO II

DOCTRINA Y DIVERSOS CRITERIOS SOBRE LA PATRIA POTESTAD

I.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD	58
---	----

II.- LA PATRIA POTESTAD COMO UNA INSTITUCIÓN	63
A.- DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE SURGEN DE LA PATRIA	65
DE LA PATRIA POTESTAD.	
B.- OBLIGACIONES QUE GENERA LA PATRIA POTESTAD	66
III.- DE LA AUTORIDAD DE LOS PADRES, DE LAS MADRES	67
Y DE LOS ABUELOS SOBRE LOS MENORES SUJETOS A	
LA PATRIA POTESTAD.	
A.- AUTORIDAD DEL PADRE	67
IV.- DERECHOS Y DEBERES RESPECTIVOS DE LOS HIJOS.	71
Y DE LOS PADRES.	
A.- DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE TIENEN LOS QUE EJERCEN.	81
LA PATRIA POTESTAD EN RELACIÓN CON LOS BIENES DE LOS	
MENORES.	

CAPITULO III

LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

I.- CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE OAXACA 1827	86
II.- CÓDIGO CIVIL DEL IMPERIO MEXICANO 1866	91
III.- CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ 1868	98

IV.- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA 1870.	102
V.- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA 1884.	116
A.- DE LOS MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE	118
VI.- LEY DE DIVORCIO DE 1914.....	121
VII.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES 1917.....	129
A.- MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA.....	133
B.- CAUSAS DE PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.....	135
C.- SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.....	135
VIII.- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS..... FEDERALES 1928, EN VIGOR A PARTIR DE 1932.	138
A.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.....	138
B.- LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE.....	143
C.- EXTINCIÓN, PERDIDA, SUSPENSIÓN Y RECUPERACIÓN.....	147
IX.- CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE HIDALGO 1983....	154
X.- CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE ZACATECAS 1986.....	162
XI.- JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA....	169

CAPITULO IV

ABROGACIÓN DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

I.- IMPORTANCIA DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.	182
II.- LA PATRIA POTESTAD UN DERECHO DEL NIÑO Y SUS. PROGENITORES.	185
III.- CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS	189
IV.- CONCEPTO DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.	197
V.- CARACTERÍSTICAS DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.	205
VI.- ABROGACIÓN DE LA PERDIDA DE LA PATRIA. POTESTAD. REFORMA AL ARTICULO 444 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ESTABLECIENDO EN ESTOS CASOS LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD SEGÚN LA HIPÓTESIS DE LA LEY.	210
A.- PROPUESTA PARA REFORMAR AL ARTICULO 447 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ESTABLECIENDO EL PLAZO PARA QUE SE LLEVE A CABO UNA REVISIÓN DE LA SITUACIÓN QUE LE DIO ORIGEN A LA SUSPENSIÓN.	221
B.- REFORMAR EL ARTICULO 283 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ABROGANDO LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.	223
CONCLUSIONES	230
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	236

LEGISLACIÓN	241
JURISPRUDENCIA	241
ENCICLOPEDIAS JURÍDICAS	241
DOCUMENTOS Y REVISTAS	242
INDICE GENERAL	243