



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

LA PERD \ DE LA PATRIA POTESTAD POR
ABANDONO DE LOS DEBERES MATERIALES,
ENSAYO DOGMATICO.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MA. DEL CARMEN SANDOVAL SALAS



ACATLAN, ESTADO DE MEXICO.

1996

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES:
JUAN, con agradecimiento y
respeto, por su confianza
y enorme esfuerzo.
LIDIA, por su comprensión,
apoyo e inmensa motivación.

A FABIOLA Y CARLOS:
Como un reconocimiento a su
valiosa y desinteresada ayuda.

A MIS HERMANOS:
MONICA, JUAN, GERARDO,
FABIOLA, JOSEFINA, GELY.
Por su compañía y cariño.

A DANIELA:
Por su infinito y gran amor.
A DANIEL:
Por su comprensión e incondi-
cional apoyo.

A TERESA Y JUANITO.
A EL LIC. JORGE SERVIN BECERRA,
por su valiosa ayuda, dirección
y apoyo.

A EL LIC. O. ULISES RAMIREZ A.
Donde quiera que se encuentre por
su entusiasmo y apoyo.

INDICE

INTRODUCCION	1
------------------------	---

CAPITULO 1

RESEÑA HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD

1.1.- NOCIONES GENERALES	5
1.2.- PATER PATRIE (ROMA)	14
1.2.1.- DETERMINACION REAL	14
1.2.2.- NATURALEZA JURIDICA	20
1.3.- MEXICO PREHISPANICO	25
1.4.- LA INTRODUCCION A LA COLONIA	36
1.5.- EPOCA INDEPENDIENTE	41

CAPITULO 2

FUENTES GENERADORAS DE LA PATRIA POTESTAD

2.1.- EIDETICA DEL MATRIMONIO	45
2.2.- CONCEPTO ROMANO DEL MATRIMONIO Y FIGURAS AFINES	53
2.3.- MEXICO, EN LA INSTITUCION DEL MATRIMONIO	84
2.3.1.- SU TRANSICION HISTORICA	84
2.3.2.- SU CONCEPCION CONTEMPORANEA	88
2.3.3.- NATURALEZA JURIDICA	90
2.4.- EL CONCUBINATO, ACEPTACION	90
2.5.- LA INSEMINACION ARTIFICIAL	95

2.6.- RESUMEN DE CONSIDERACIONES	107
--	-----

CAPITULO 3

LA CONCEPCION JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD, DE ACUERDO
A NUESTRO REGIMEN DE DERECHO POSITIVO

3.1.- CONSIDERACIONES GENERICAS, ACERCA DEL ALCANCE DEL CONCEPTO DE LA PATRIA POTESTAD	109
3.2.- LA PATRIA POTESTAD Y SU EJERCICIO	113
3.3.- EFECTOS MATERIALES Y JURIDICOS EN SU EJERCICIO . .	116
3.3.1.- EN RELACION A LA PERSONA DEL MENOR	117
3.3.2.- EN RELACION A LOS BIENES	120
3.4.- LA PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD	125
3.4.1.- DISTINCION SUBSTANCIAL ENTRE, EXTINCION Y SUSPENCION, CON LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD	126
3.5.- ESTUDIO COMPARATIVO	130
3.5.1.- LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO	130
3.5.2.- LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ	132
3.5.3.- LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA	133
3.6.- LA PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD, FRENTE A LA IRRENUNCIABILIDAD DE LA MISMA	139

CAPITULO 4

LA PATRIA POTESTAD Y SU PERDIDA POR ABANDONO MATERIAL

4.1.- EL ARTICULO 444, FRACCION III DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	146
--	-----

4.1.1.- SU RAZON DE SER	146
4.2.- SU INTERPRETACION LITERAL	149
4.2.1.- ALCANCES	154
4.2.2.- EFECTOS	155
4.3.- SU INTERPRETACION JURIDICA	156
4.4.- CONJUNCION EN SU ANALISIS	162
4.5.- OPINION Y PROPOSICION DE LA SUSTENTANTE	163
CONCLUSIONES	166
BIBLIOGRAFIA	170

INTRODUCCION

El presente trabajo, tiene como objetivo general el de realizar un análisis a la figura jurídica de la Patria Potestad efectuando un estudio a los elementos materiales y morales que la constituyen por considerar que la Patria Potestad es una de las principales figuras que componen al Derecho de la Familia, en virtud de que la condición de los menores de edad en la sociedad es causa de derechos y obligaciones para las personas o persona que ejercen sobre ellos la Patria Potestad y que pueden ser los padres o abuelos. Derechos y obligaciones que en muchos de los casos son bien aceptados, sin embargo, en muchos otros las personas que deben cumplirlos no desempeñan correctamente dicho ejercicio. Estas situaciones que merecen especial cuidado y atención en la legislación y que me motivaron para la realización de la presente investigación.

En este sentido, con suma frecuencia se observa que los padres o la persona que ejerce la Patria Potestad sobre el menor, no cumplen con sus obligaciones, cayendo en el abandono de los deberes materiales que tiene para con el menor que se encuentran bajo su cuidado, encontrándose éste en un estado de desamparo, que si bien es cierto cuando la Patria Potestad es ejercida por dos personas y una de ellas sigue cumpliendo con

sus deberes de manera responsable el menor no estaría en un total abandono, sin embargo, si no se da este supuesto con el abandono de los deberes por parte de quien ejerce la Patria Potestad se pondría en peligro la seguridad y el bienestar de los menores quienes son seres indefensos que necesitan la protección y cuidado de quien en un momento dado les dió la vida.

Así pues, para iniciar el análisis a la institución de la Patria Potestad, se requiere realizar un desarrollo previo histórico hasta llegar al estado actual, a efecto de alcanzar el objetivo que me he propuesto.

En el Capítulo 1, realizaré una semblanza histórica de la Patria Potestad a través del Derecho Romano por considerar que este es pilar fundamental a nuestro derecho civil y en especial al Derecho de Familia.

Del mismo modo relataré los antecedentes históricos que existieron de la Patria Potestad en nuestro país a través de las diferentes etapas por las que ha pasado tales como el México prehispánico, en la Colonia y en la Epoca Independiente.

El Capítulo 2 está destinado a determinar las fuentes generadoras de la Patria Potestad mismas que son el matrimonio,

concubinato así como la situación del menor cuando se trata de inseminación artificial.

El Capítulo 3 se ocupa de dar una definición jurídica de la Patria Potestad de acuerdo a nuestro régimen de derecho positivo, estableciendo los alcances del concepto de la Patria Potestad, su ejercicio en relación a las personas y a los bienes así como su privación marcando las distinciones existentes entre extinción, suspensión y la pérdida de la Patria Potestad.

Del mismo modo se realiza un estudio comparativo entre las legislaciones que contemplan esta figura en nuestro país como es el caso del Estado de México, de Veracruz y Puebla, finalizando este capítulo con la determinación y la forma en la cual se puede privar de ejercer la Patria Potestad así como su irrenunciabilidad señalando las circunstancias por las cuales puede excusarse la persona o personas a quienes corresponde ejercer la Patria Potestad.

Por su parte, el Capítulo 4 habla de la pérdida de la Patria Potestad por el abandono material a los deberes, realizando un análisis de la regulación de esta figura en la Ley vigente, así como su interpretación literal y jurídica que

de ella se realiza. El capítulo finaliza con las consideraciones y opiniones que a manera personal puede brindar la sustentante.

Para concluir con esta obra, se presenta una breve relación de conclusiones así como las fuentes consultadas para su realización.

CAPITULO 1.

RESEÑA HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD.

1.1 NOCIONES GENERALES.

Nuestra legislación no tiene una definición de lo que es la patria potestad, sólo contempla en el Código Civil los elementos que integran esta importante figura.

Los estudiosos del Derecho han tratado de definirla a partir de diversos puntos de vista. Así vemos que, para el Derecho Romano y el Germánico, la patria potestad confería al padre el derecho de vida y muerte sobre los hijos; la autoridad paterna duraba lo que la vida del padre.

Analicemos ahora las diversas definiciones que han escrito los autores, respecto a la materia en estudio. " La patria potestad tomó su origen de la filiación. Es una institución establecida por el Derecho, con la finalidad de asistencia y protección a los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio

corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (Consanguínea o Civil).

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

La atribución de estos derechos y facultades al padre y a la madre, les permiten cumplir los deberes que tienen hacia sus hijos." (1)

En este sentido el autor define la patria potestad, como la autoridad atribuida a los padres, para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados; entendiéndose para él esta autoridad como una función propia de la paternidad y de la maternidad y no propiamente como una potestad.

¹ GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho Civil. Editorial Porrúa S. A. 5ª. Edición. México, 1982, p. 667.

Al analizar esta definición podemos darnos cuenta que en la actualidad, la patria potestad ha dejado de ser únicamente potestad del padre y ha pasado a ser una función desempeñada también por la madre o por ambos conjuntamente.

" La patria potestad debe ser una institución en beneficio de los hijos, deben cooperar en su ejercicio el padre y la madre, y, como dice el Código Civil Alemán, les compete a éstos el derecho y el deber de cuidar de la persona de los hijos."

(2)

De lo anterior se desprende que el concepto moderno de patria potestad es muy diferente al que se tenía en el Derecho Romano, ya que actualmente se trata de impedir los posibles abusos del poder paterno y se pretende hacer de la patria potestad una institución en beneficio de los hijos.

RAFAEL DE PINA, define a la patria potestad como " el conjunto de las facultades que suponen también deberes, conferida a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria.

² MUÑOZ LUIS, CASTRO ZAVALA SALVADOR. Comentarios al Código Civil. Cárdenas Editor y Distribuidor. 2ª Edición. México D. F., 1983,

Se ejerce la patria potestad sobre las personas y los bienes de los hijos y su ejercicio está 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 la Ley sobre protección social de la delincuencia". (3)

Para el citado autor, la patria potestad no sólo comprende los derechos, sino también los deberes que tiene para con los hijos y con sus bienes. Es ya una institución bilateral y no únicamente una potestad del padre.

Por su parte, JOSSERAND nos indica que " La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley confiere al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores no emancipados con el fin de asegurar el cumplimiento de los cargos que les incumben en en lo que concierne al sostenimiento y a la educación de los hijos". (4)

En relación a lo anterior, queda entendido que la patria potestad deja de ser un poder absoluto a cargo de los padres y pasa a ser una relación jurídica bilateral, es decir, además de

³ DE PINA VARA, RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano. 9ª Edición. Editorial Porrúa S. A. México, 1978. Pág. 373-374.

⁴ JOSSERAND, LOUIS. Cursos de Derecho Civil Positivo Frances, Tomo I. Editorial Sirey, Paris, 1932. Pág. 555.

ser un conjunto de derechos que la ley otorga a los que la ejercen, también implica una serie de obligaciones hacia los hijos.

Por otra parte y en ese mismo sentido COLIN y CAPITAN 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 sean menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre ellos ". (5)

De igual forma para CLEMENTE DE DIEGO es " 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 estos ". (6)

Sin embargo no para todos los estudiosos del Derecho la patria potestad es un conjunto de derechos y deberes que los padres ejercen sobre los hijos menores, así tenemos que para algunos, la institución en estudio " Es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y

⁵ COLIN, AMBROSIO y CAPITAN H. Derecho Civil, Tomo II. 2ª Edición. Editorial Reus. México, 1933. Pág. 20.

⁶ CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE. Instituciones de Derecho Civil Español, Tomo II. Editorial Piero. Madrid, 1930. Pág. 538.

proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. De esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad ." (7)

Analicemos ahora los elementos que constituyen la mayoría de las definiciones dadas anteriormente:

- 1.- Conjunto de Derechos y Deberes.- Es decir de la misma forma que los padres tienen el deber de alimentar, educar, vestir y en general proteger la salud y la vida del menor, tienen dercho a corregirlo y a enmendarlo, asícomo sobre sus bienes.
- 2.- Ejercidos por el padre, en cuanto a este elemento diremos que nuestro Código Civil, al igual que el Código Civil portugués y el italiano, confieren al padre y a la madre la facultad de ejercer la patria potestad.
- 3.- Sobre los hijos menores de edad y los no emancipados.
- 4.- Tiene como finalidad proteger y beneficiar a los hijos menores.

" La patria potestad es una institución civil acusadamente matizada por el influjo de la moral, y en la cual los derechos

⁷ GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Op. Cit. Pág. 668.

de quienes la ejercen se justifican en cuanto son necesarios para el cumplimiento de los deberes que le corresponden ." (8)

La mayoría de los tratadistas atribuyen a la patria potestad un contenido de carácter moral y un contenido jurídico, ambos entrelazados de tal manera que no pueden separarse sin alterar la naturaleza esencial de esta institución.

Hay que advertir, sin embargo que por muy rigurosa que esta institución haya sido en el pasado (Roma), desde el punto de vista exclusivamente legal, se puede suponer, con fundamento en el sentimiento de afecto que existe entre los padres e hijos.

En el Derecho mexicano como en el francés, sólo están sujetos a la patria potestad los hijos menores y los no emancipados, al respecto podemos decir que la mayoría de edad se alcanza (en nuestro Derecho Privado) cuando la persona física cumple el número de años señalados al efecto por la ley, siempre y cuando no ocurran circunstancias especiales que le impidan el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.

* DE PINA VARA, RAFAEL. Op. Cit. Pág. 374.

En relación a lo anterior, el Código Civil para el Distrito Federal establece que la mayor edad se alcanza a los 18 años cumplidos y manifiesta que el mayor de edad dispone libremente de su persona y sus bienes.

Para el Código Civil español vigente, la mayor edad se establece a los 21 años; para los rusos se alcanza a los 18 años; en Suiza a los 20 años; en Francia, Italia, Portugal, Alemania y Suecia a los 21 años al igual que en Inglaterra, Estados Unidos, Guatemala, Colombia y España.

En cuanto a la emancipación diremos que los autores la definen como " Una institución civil que permite sustraer de la patria potestad y de la tutela al menor, otorgándole una capacidad que le faculte para la libre administración de sus bienes, con determinadas reservas, expresamente señaladas en la ley ." (9)

Al respecto GALINDO GARFIAS anota " En virtud de la emancipación, el menor de edad sale de la patria potestad o de la tutela a la que se hallaba sujeto, disponiendo así de su persona y administrar sus bienes." (10)

⁹ DE PINA VARA, RAFAEL. Op. Cit. Pág. 339.

¹⁰ GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Op. Cit. Pág. 394.

Existen dos formas de emancipación, mismas que son: a) Emancipación Tácita y b) Emancipación Expresa.

a) Emancipación Tácita.

Deriva del matrimonio del menor y se funda en la incompatibilidad de ésta con ésta con el estado de subordinación de un menor sometido a la patria potestad.

b) Emancipación Expresa.

Es aquella que se obtiene mediante una declaración de los ascendentes que ejercen la patria potestad, o del tutor en su caso, si prueban que el menor ha adquirido una cierta madurez y capacidad para administrar sus bienes y ha alcanzado cierta edad.

En México únicamente está reconocida la emancipación tácita o legal, es decir, aquella que se obtiene con el matrimonio del menor.

Concluyendo, en cuanto a concepto de Patria Potestad, diremos que todo intento por definir esta figura, encierra una serie de dificultades, por lo que a manera personal considero

que no debemos abocarnos a una sola definición sino al estado de toda la figura jurídica.

1.2 PATER PATRIE (ROMA).

1.2.1 DETERMINACION REAL.

Antes de entrar al estudio del significado de patria potestad para el Derecho romano, analizaremos como estuvo constituida la familia romana y la bases en que ésta se sustentó. Para lo cual tomaremos algunas opiniones de diversos autores.

" La familia romana se organizó como agrupación monogámica patriarcal. Los parientes agnados y cognados así organizados, constituyen una familia que merced a este sistema patriarcal, adquiere duración y estabilidad y facilita la transmisión hereditaria. La organización patriarcal tiene bases a la vez religiosas y económicas; el jefe de familia es el sacerdote, el juez, el legislador, dentro del grupo de parientes que se desenvuelve de manera autónoma. Para lograr esa unidad y la duración y estabilidad del grupo, el *pater familias* se encuentra investido de un conjunto de poderes y derechos en el

ejercicio de esa autoridad, que es la patria potestad ". (11)

Por otra parte la antigua Roma puede considerarse como una confederación de gentes; y cada *gens*, asu vez, como una federación de *domus*, es decir de familias.

En cada *domus* encontramos un *pater familias*, monarca doméstico que ejerce un vasto poder sobre sus hijos, nietos, nueras, esclavos y clientes. Dicho poder incluía el *ius vitae necisque* (derecho sobre la vida y muerte) sobre hijos y nietos, y no disminuyó por la influencia del Estado, la cual se detenía a la puerta de la *domus*. Sólo el *pater familias* era propietario, también era sacerdote doméstico y juez en asuntos hogareños y mantenía en el seno de la familia una rígida disciplina.

"Así la *domus* podía convertirse en una excelente escuela de las espectaculares virtudes cívicas del antiguo romano, proporcionando a la grandeza nacional , ciertamente, un fundamento más sólido que las indulgentes doctrinas pedagógicas de nuestros días." (12)

¹¹ GALINDO GARFIAS, IGNACIO. *Ibid.* Pág. 668.

¹² FLORIS MARGADANT S., GUILLERMO. El Derecho Privado Romano. 12ª Edición. Editorial Esfinge S. A. México D. F., 1983. Pág. 22.

Al estudiar el Derecho romano nos damos cuenta que el centro de toda *domus* romana es el *pater familias*, que es dueño de todos los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes y titular de los *iura patronatus* sobre los libertos. Tiene la patria potestad sobre los hijos y nietos, y muchas veces posee un vasto poder sobre la esposa propia y sobre las nueras.

Para poder ser *pater familias* no era necesario ser padre, bastaba ser un romano libre y *sui juris*, es decir, una "persona", en tal virtud un hijo legítimo, recién nacido, cuyo padre muere, y sino tiene abuelo paterno, es un *pater familias*, aunque carezca de capacidad de ejercicio todavía. En cuanto al término *mater familias*, o sea en cuanto a la mujer se refiere, sólo existió como título honorífico y en la intimidad del hogar, sin llegar a ser un término de importancia jurídica, es decir, si una mujer romana legalmente libre maneja su propia *domus* por ser soltera o viuda, ésta no tiene potestad sobre los hijos y necesita de un tutor para todas las decisiones importantes.

De lo antes expuesto se desprende que la familia romana giraba única y exclusivamente alrededor del padre, sin que la

madre tuviera una intervención en el desarrollo de la familia ni facultad alguna para ejercer la patria potestad.

Por su parte, BRAVO GONZALEZ anota sobre este tema " La familia civil está organizada en Roma sobre la base del patriarcado, misma forma que conocían otros pueblos en la antigüedad, como los hebreos, persas y galos.

De aquí que el papel del *pater familias* fuera el principal ocupando siempre la madre un papel secundario. Por su misma constitución la familia se desarrollaba exclusivamente por la vía de los varones; la mujer al casarse salía de la familia civil para pasar a formar parte de la familia del marido." (13)

En resumen el *pater familias* es realmente una persona que en la antigüedad tenía una plena capacidad de goce y ejercicio, y una plena capacidad procesal en los aspectos activo y pasivo. Todos los demás miembros de la *domus* dependen de él y participan de la vida jurídica a través de él, osea que reciben del *pater familias* una capacidad jurídica de segundo orden, reflejada, como la luz de la luna es sólo el reflejo de la luz solar.

¹³ BRAVO GONZALEZ, AGUSTIN. Lecciones de Derecho Privado. Ediciones S. de R. L. México D. F., 1963. Pág .113.

Después de haber analizado algunos aspectos de la familia romana entraremos al estudio de la patria potestad, para lo cual trataremos diversos autores.

La patria potestad para el Derecho romano pertenece al jefe de familia (*pater familias*) sobre los descendientes que forman parte de su familia civil, dicha facultad sólo puede ser ejercida por un ciudadano romano y la mujer no puede ejercerla, esta recae sobre todos los descendientes cualesquiera que sea su edad y condición y dura lo que dura la vida del *pater familias*.

" La autoridad que el *pater familias* ejerce sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, sobre los descendientes legítimos de los varones, sobre los extraños, arrogados o adoptados y sobre los hijos naturales legitimados se llama patria potestad.

Es un poder absoluto, que primitivamente no se diferenciaba del ejercicio sobre los esclavos sobre la mujer sujeta por la *convetio in manum* y sobre las personas *alieni iuris* que le han sido entregadas mediante una *mancipatio*. Parece probable que en un principio, todos estos poderes del *pater familias* apareciesen englobados bajo una sola

denominación ." (14)

En este mismo sentido GALINDO GARFIAS anota " En el Derecho romano la patria potestad es ejercida por el *pater*, como persona *sui juris*. Excluye de su ejercicio a las mujeres que pertenecen al grupo familiar y la define como una autoridad en sus principios absoluta y vitalicia. El *pater familias*, tenía el derecho de castigar a los *filii familias* poseía el derecho de vida y muerte sobre ellos, podía vender a los hijos, exponerlos y en ocasiones cuando cometían un delito entregarlos a un extraño, para librarse de toda responsabilidad." (15)

Por otra parte el poder absoluto que tenía el *pater familias* romano sobre las personas y bienes de sus hijos no fue nunca abolido en su totalidad, pero sí se mitigó poco a poco por una serie de medidas especiales. CARACALIA prohibió la venta de los hijos, salvo en caso de extrema miseria. ADRIANO castigó los abusos del derecho del *pater familias* de maltratar a los hijos. Se instituyó en el período imperial la obligación del padre de alimentar a los hijos. El poder supremo fue gradualmente disminuido.

¹⁴ ARIAS RAMOS, J. Derecho Romano II-III. 6ª Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1954. Pág.868.

¹⁵ GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Op. Cit. Pág. 668.

La evolución de la patria potestad en el Derecho Romano presenta como puntos inicial y final dos concepciones opuestas de la misma, debido a que la patria potestad comienza como un poder despótico concebido en provecho del que la ejerce, y termina considerándose como una autoridad tuitiva, destinada a beneficiar con su protección a los sometidos a ella, sin embargo, dicha transformación fue lenta.

1.2.2 NATURALEZA JURIDICA.

Toca ahora precisar el ámbito jurídico al que pertenece la institución de la patria potestad.

Para los romanos, esta institución pertenece al derecho de familia el cual formaba parte del *ius civile*, es decir correspondía al Derecho especial que Roma había creado para que se aplicará dentro de sus murallas y que se manifestaba en costumbres, leyes, senado consultos y plebiscitos, desarrollados por la jurisprudencia sacerdotal y seglar.

Los romanos distinguieron entre Derecho Público y Derecho Privado. El *jus publicum* (Derecho Público) "comprendía el gobierno del Estado, la organización de las magistraturas, así como *jus sacrum* que se refería al culto y al sacerdocio, de igual modo que las relaciones de los ciudadanos con el Estado

o los poderes públicos".

El *jus privatum* lo concibieron como aquel que regula las relaciones entre los particulares, este se dividía en el derecho natural, derecho de gentes y derecho civil; el primero era " el conjunto de principios emanados de la voluntad divina, apropiados a la misma naturaleza del hombre, e inmutables, por lo que son perfectamente conformes con las ideas de lo justo." (16)

De la definición antes citada se desprende que para la cultura romana el derecho natural contiene normas emanadas de la naturaleza e impuestas a todos los seres animados, sin embargo, no debemos olvidar que los animales obedecen al instinto y no al Derecho, en tal virtud solo el hombre tiene derechos y deberes.

Por lo que toca al derecho de gentes "es el conjunto de reglas aplicadas a todos los pueblos sin distinción de nacionalidad", por ejemplo la esclavitud admitida en todos los pueblos de la antigüedad." (17)

¹⁶ GONZALEZ DIAZ LOMBARDO, FRANCISCO XAVIER. Historia del Derecho y del Estado. 1ª Reimpresión. Editorial LIMUSA, S. A. México, 1979. Pág. 129-130.

¹⁷ GONZALEZ DIAZ LOMBARDO, FCO. XAVIER. Op. Cit. Pág. 130.

El *jus civile*, como ya se dijo al principio de este tema, es aquel que sólo se aplicaba y comprende las instituciones propias de los ciudadanos romanos como son la forma particular de la patria potestad, la manus, etc.

Dentro de este pueblo la ley confiere al marido la patria potestad sobre los hijos procreados dentro del legítimo matrimonio (*matrimonium justum*), es decir al hijo que naciera después de los ciento ochenta y dos días de celebrado el matrimonio y antes de los trescientos de su disolución.

" Los hijos nacidos fuera del matrimonio, incluyendo los de la concubina, no entran en la patria potestad de su progenitor. Jurídicamente sólo se hallan unidos en parentesco a la madre, careciendo de padre. Sin embargo, pueden equipararse a los nacidos dentro del matrimonio, mediante legitimación, o sea por el subsiguiente casamiento de sus padres - *per subsequens matrimonium*- o *per rescripto impeider rescriptum principis*; es decir mediante declaración de legitimación hecha por el poder público." (18)

Como veremos para los romanos la patria potestad era muy

¹⁸ SOHM, RODOLFO. Instituciones de Derecho Privado Romano. Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Serie C-Vol. I. 17ª Edición. Madrid, 1929. Pág. 487.

drástica en cuanto a los sometidos a ella, debido a que contempla únicamente a los hijos legítimos y por lo que respecta a los hijos ilegítimos imponía una serie de condiciones para que el padre pudiera ejercer esta autoridad sobre ellos.

Para el Derecho Romano como para el nuestro la patria potestad tiene un doble contenido esto es: por una parte personal y por otra parte patrimonial, es decir, el *pater familias* además de tener un poder absoluto sobre los hijos, los nietos, los extraños arrogados o adoptados, sobre los hijos naturales legitimados, etc., también lo tenía sobre el patrimonio del hijo, quien se hallaba incapacitado para tener un patrimonio activo propio. Esta incapacidad va suavizándose paulatinamente a lo largo de la época imperial, hasta que a partir del emperador Constantino la legislación tiende ya a permitir al hijo toda clase de adquisiciones: en un principio sólo lo que respecta a la herencia de la madre (*bona materna*) y posteriormente sin distinción, siempre y cuando los bienes no procedieran del padre mismo.

" La patria potestad que, en su origen, fue un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió, durante la fase imperial, en una figura jurídica en la que encontramos

derechos y deberes mutuos. Así hallamos que, ya en tiempos de Marco Aurelio, se reconoce la existecia, en la relación padre-hijo, de un recíproco derecho a alimentos." (19)

Como hemos visto, para el Derecho romano la patria potestad como institución jurídica tenía una excesiva duración (hasta la muerte del *pater familias*).

"Naturaleza de la patria potestad en el Derecho romano "

Derecho "Es el arte de lo que es bueno y lo que es equitativo" " (Unpiano)	Derecho Público "jus publicum"	Comprende el gobierno del Estado, la Organización de las magistraturas <i>jus sacrum</i>
	Derecho Privado "jus privatum"	<i>jus naturale</i> <i>jus gentium</i> <i>jus civile</i> La patria Familia Potestad Matrimonio Tutela Curatela

¹⁹ FLORIS MARGADANT S, GUILLERMO. Op. Cit. Pág.20.

Para concluir con esta parte del tema, diremos que la fuente principal de la potestad paterna es el matrimonio o *justa e nuptiae*, los hijos nacidos forman parte de la familia civil del padre, pueden establecerse también por adopción, y bajo los emperadores cristianos, por legitimación.

Por otra parte actualmente la denominación de patria potestad aplicada al conjunto de deberes y derechos propios de quienes la ejercen, es realmente inadecuada, pues dicha designación, tomada del Derecho romano, ha perdido en nuestro tiempo su significado original.

Por lo anterior ha cambiado a " Autoridad parental", aunque algunos legisladores y tratadistas permanecen fieles a la tradicional denominación.

1.3 MEXICO PREHISPANICO.

Varias fueron las grandes civilizaciones que habitaron el territorio mexicano y demás países centroamericanos: primero los olmecas, simultáneamente los teotihuacanos y los mayas y finalmente los aztecas, ramificación de los chichimecas, con absorciones toltecas y en íntima convivencia con la cultura texcocana.

Sin embargo desde el punto de vista jurídico las culturas en que el Derecho es conocido con más detalle son cuatro: la olmeca por ser la más antigua, la maya, la chichimeca y la azteca, siendo la última de las nombradas y la más importante por su desarrollo e influencia a las posteriores civilizaciones.

Ahora analizaremos en primer lugar, el Derecho en General, para después poder abocarnos al tema central de este trabajo: la patria potestad.

a).- LOS OLMECAS.

Florecieron entre el siglo IX y I a.C. en la zona costera del Golfo. Tenían gran de magos y utilizaron drogas aluscinantes. No nos dejaron grandes monumentos arquitectónicos sino más bien estatuas y figurillas.

La cultura Olmeca, en decadencia desde los últimos siglos de la era precristiana, transmitió muchos de sus rasgos a la cultura maya, teotihuacana, zapoteca y totonaca. (20)

En cuanto a su aspecto jurídico son pocos y vagos los

²⁰ FLORIS MARGADANT S., GUILLERMO. Introducción a la Historia del Derecho mexicano. Textos Universitarios , U.N.A.M. México, 1971. Pág. 11.

datos que se tienen, sin embargo debido a la escasez de la figura femenina, sugiere una sociedad en la que la mujer no gozaba de un status importante; una sociedad, por lo tanto, sin ecos de matriarcado. las grandes tareas públicas sugieren la existencia de esclavos o cuando menos de una plebe totalmente sometida a una élite.

De lo antes citado se desprende que los olmecas no escribieron sus leyes ni sus normas y que solo se sujetaban las costumbres de sus antepasados.

b).- LOS MAYAS.

Se localizaron entre los actuales estados de Tabasco, Yucatán, Quintana Roo y el país centroamericano de Honduras, fueron dirigidos por nobles y sacerdotes, ligados por ideas religiosas comunes y lazos familiares entre los aristócratas locales.

En cuanto al Derecho maya casi todas las fuentes de información han sido sacrificados por el celo religioso. Sin embargo, para nuestro estudio son importantes libros como el "Chilam Balam de Chumayel", el cual contiene costumbres, ritos y organización política; y la "Crónica de Cakini."

También la Apologética Historia de las Indias de Bartolomé de las casas, contiene datos sobre el Derecho maya.

Por otro lado los datos proporcionados por la arqueología en general, con base en el análisis de figurillas, estatuas, etc., nos ayuda a conocer el Derecho maya, esto aúnado a la observación actual de las comunidades tradicionalistas mayas y el análisis de ciertas palabras.

Según las anteriores fuentes de información en cuanto al derecho de familia "El matrimonio era monogámico, pero con tal facilidad de repudio que con frecuencia se presentaba una especie de poligamia sucesiva. Hubo una fuerte tradición exogámica: dos personas del mismo apellido no debían casarse. El novio entregaba a la familia de la novia ciertos regalos: por lo tanto en vez de la dote, los mayas tenían el sistema 'del precio de la novia, figura sistemáticamente opuesta a la dote y que todavía en remotos lugares de la región maya se manifiesta." (21)

En cuanto a las sucesiones, la herencia se repartía entre los descendientes masculinos, fungiendo la madre o el tío paterno como tutor, en caso de minoría de edad de un heredero.

²¹ FLORIS MARGADANT S., GUILLERMO. Op. Cit. Pág. 15.

Si una familia no tenía hijos varones los bienes pasaban a manos del rey.

Por lo que se refiere a los hijos, sólo el padre tenía derecho a reconocerlos.

Dentro de la sociedad maya, el papel de la mujer en la familia y en la vida en común no era prominente. En esta civilización no se hallan rasgos de matriarcado, la mujer ni siquiera podía entrar en el templo o participar en los ritos religiosos.

c).- LOS CHICHIMECAS.

En cuanto a esta civilización podemos decir que su organización era rudimentaria. Vivían dispersos en pequeños grupos de recolectores y se dedicaban a una agricultura primitiva. Dentro de esta sociedad cada grupo tenía un jefe hereditario, y con fines militares.

En la organización de la familia chichimeca llama la atención el sistema de la "Residencia matrilocal": el hogar se forma alrededor de la madre. Puede ser que se tratara de un eco del matriarcado, aunque probablemente esta costumbre encontró su origen en la división de labores entre los hombres que se

dedicaban a la cacería y recolección; ambulatorios, por lo tanto las mujeres se dedicaban a una primitiva agricultura que las ligaba a un lugar determinado." (22)

Para concluir, diremos que en esta civilización la mujer era quien permanecía en el hogar y era la que tenía una relación más estrecha con los hijos, por lo que podía dirigirlos más acertadamente.

Analizaremos ahora el Derecho de la cultura que más importancia tuvo en el México prehispánico:

d).- LOS AZTECAS.

Era una tribu que vino del norte y que originalmente representa una rama poco llamativa dentro de los chichimecas; llegaron al valle de México, dirigidos por su Dios-protector Huitzolopochtli.

Los aztecas transformaron su gobierno aristocrático en una monarquía, habiendo seleccionado un rey, al lado del cual funcionaba un consejo de delegados nobles.

²² FLORIS MARGADANT S., GUILLERMO. Ibid. Pág. 17.

Por lo que respecta al derecho de esta civilización se manifiesta principalmente en costumbres, a menudo íntimamente ligadas a la religión, éstas eran tan conocidas por todos los miembros de la cultura que no había necesidad de plasmarlas por escrito.

Pasemos ahora al derecho de familia entre los aztecas, el cual estaba menos sujeto a la arbitrariedad de la élite dominante, y más fijado en forma de tradición.

"El matrimonio era potencialmente poligámico (en Tezcoco y Tacuba sólo tratándose de nobles), pero una esposa tenía la preferencia sobre los demás y tal preeminencia también se manifestaba en la situación privilegiada que tenían los hijos en caso de repartición de la sucesión del padre." (23)

La celebración del matrimonio entre los aztecas era un acto formal, con intervención religiosa, el cual podía celebrarse bajo condición resolutoria o por tiempo indefinido, y si el marido se negaba terminaba el matrimonio.

Entre los aztecas el divorcio era posible con la intervención de las autoridades, si se comprobaba alguna de las

²³ FLORIS MARGDANT S., GUILLERMO. *Ibid.* Pág. 26.

posibles causas.

- Causas de divorcio entre los aztecas:

- 1.- Incompatibilidad.
- 2.- Sevicias.
- 3.- Incumplimiento económico.
- 4.- Esterilidad.
- 5.- Pereza en la mujer.

Si esta situación ocurría, el conyuge culpable perdía la mitad de sus bienes y por lo que respecta a los hijos que es el tema central a esta investigación, los varones se quedaban con el padre y las hijas con la madre.

"La patria potestad, que implicaba el derecho de vender a los hijos como esclavos, pero quizá no el de matar, terminaba con el matrimonio del hijo o de la hija, para el cual, empero, el consentimiento de los padres era necesario. Como había una fuerte presión social en contra del celibato de hijos mayores de 22 años e hijas mayores de 18 años, es de suponer que este consentimiento no podía negarse arbitrariamente". (24)

²⁴ FLORIS MARGADANT S., GUILLERMO. Idem.

De lo antes escrito se desprende que para los aztecas la patria potestad no tenía el carácter absoluto que para los romanos quienes podían disponer hasta de la vida de los hijos. Sin embargo para el pueblo azteca la patria potestad significaba poder manejar la libertad de los hijos, hasta poder convertirlos en esclavos.

"Un caso curioso que se daba entre los aztecas, es el que nacidos gemelos (cocua, plural de coat, culebra o gemelo) el padre podía matar a uno porque se creía que era tal hecho agüero de que alguno de los padres desaparecería. Los hijos contrahechos también podían ser sacrificados en tiempos de hambre o malas cosechas o cuando los niños que nacieran en cualquiera de los días llamados hemontini, que eran los cinco complementos del año." (25)

Como ya se ha mencionado, este pueblo tenía sus normas jurídicas muy apegadas a la religión y a la superstición.

"Por lo que respecta a la educación de los niños, ésta se encontraba en manos del Estado debido a la falta de poder en la familia y al poder incontrolado del estado, el padre no tenía

²⁵ ESQUIVEL OBREGON, TORIBIO. Apuntes para la Historia del Derecho en México, Tomo I. Editorial Polis. México, 1937. Pág. 365.

el derecho de educar a sus hijos. El niño era amamantado durante cuatro años, y en el quinto, si pertenecía a una familia distinguida era mandado al Cálmecac, en donde recibía educación civil y religiosa y permanecía allí si habría de dedicarse al sacerdocio o salía para casarse, la disciplina en aquel establecimiento era muy estricta; la vida llena de trabajos, de privaciones y penas; debía los educandos hacer todos los servicios, barrer el templo, cortar y acarrear leña y materiales de construcción y ayudar a construir o reparar el templo o sus dependencias; los alimentos eran pocos y comunes, y en caso, de que la familia de un pupilo mandase para el comida, ésta se distribuía entre todos. A la salida y a la puesta del sol y a la media noche ofrecían a sus ídolos sangre que se sacaban de las orejas. Se les enseñaban cantos sagrados, a hablar con elegancia, la escritura jeroglífica y el calendario."(26)

Por lo que respecta a los hijos de familia menos distinguidas eran educados en alguno de los Telpuchcalli, de los cuales había 10 o 12 en cada barrio y adonde concurrían muchachos y muchachas; los edificios eran anexos a los templos y la educación semejante a la que se daba en el Cálmecac. Cada una de aquellas escuelas estaban al cuidado de un Telpuchtlato

²⁶ ESQUIVEL OBREGON, TORIBIO. Ibidem. Pág. 336.

el cual castigaba a los perezosos e indisciplinados con golpes o quemandoles el cabello.

Dentro de las obligaciones de los alumnos estaba la de cultivar los campos para su propio sustento, se pintaban el cuerpo de negro, con excepción de la cara y vestían sólo el taparrabo, ellos al igual que los alumnos del Cálmecac al ponerse el sol se dirigían a la casa de canto, donde cantaban y alababan hasta la media noche, en que regresaban al Telpuchcalli.

Entre los aztecas la patria potestad viviendo el padre, sólo terminaba con el matrimonio del hijo, o en su caso con la elevación del hijo a las grandes dignidades militares, religiosas o civiles, sin que esto último sea materia definida.

Hubo entre los aztecas la costumbre de que al morir el marido, el hermano de éste se casaba con la viuda, lo que hacía que los hijos menores cayeran bajo la potestad del tío paterno, o si esto no ocurría bajo la potestad del hermano mayor Tiachcauh, o del miembro de la familia más respetado.

"En materia de sucesiones, la línea masculina excluía la femenina. la vía legítima podía ser modificada por decisión de

cuius, basada en la conducta irrespetuosa, cobarde, pródiga, etcétera de los perjudicados por tal decisión. Entre los nobles existían sistemas sucesorios especiales, al estilo del mayorazgo europeo." (27)

En relación a lo anterior podemos agregar que al morir el padre, heredaba, el primogénito habido con la esposa principal, a falta de éste un nieto o en su defecto el mejor hermano.

Después de haber analizado el derecho azteca, nos damos cuenta que es uno de los pueblos mejor organizados, en cuanto a lo jurídico se refiere. Dentro de la cultura azteca la patria potestad ocupaba un lugar muy importante: el hombre era el jefe de la familia, pero jurídicamente colocado en un plano de igualdad con la mujer, el padre educaba y castigaba a los hijos varones y la madre hacía lo mismo con las hijas.

1.4 LA INTRODUCCION A LA COLONIA.

Debemos ahora describir la patria potestad en el sistema jurídico de la Epoca Colonial.

En realidad la Nueva España era una típica "Colonia"

²⁷ FLORIS MARGADANT S., GUILLERMO. *Op. Cit.* Pág. 26.

representada por un virrey, asistido por órganos locales con cierto grado de autonomía, vigilada y viviendo entre súbditos de la Corona.

La historia de la Nueva España, de ningún modo es tan tranquila como muchos piensan, en ella se manifiestan importantes tensiones; como la de los criollos y peninsulares. Así como los conflictos entre los frailes y los curas o entre el virrey y el arzobispo.

Por otra parte en cuanto al Derecho, este va expedido por las autoridades españolas peninsulares y sus delegados u otros funcionarios y era completado por aquellas normas indígenas que no contrariaban los intereses de la Corona.

"En relación con el derecho familiar, el Derecho indígena aparta sus propias disposiciones, como una mayor flexibilidad para obtener ispeñas respecto de los excesivos impedimentos matrimoniales, una suavización en beneficio negros y mulatos del principio de que se necesite la licencia paterna para el matrimonio, una presión legal para que los solteros se casen (sobre todo, tratándose de encomenderos) cierta presión para que negros se casen con negras, prohibiciones de que virreyes y altos funcionarios se casen con mujeres domiciliadas en el

territorio donde ejercen sus funciones." (28)

Por lo que se refiere a la patria potestad apunta Esquivel Obregón:

"El padre estaba obligado a criar a su hijo, proveyendo a su alimentación, vestido y educación moral y religiosa, proporcionándole la instrucción compatible de sus recursos. Durante los tres primeros años de vida del niño la obligación de la crianza era de la madre así como cuando era rica y el padre pobre".

De lo anterior se desprende que se tomaba muy en cuenta para la educación de los hijos la situación económica y jurídica de los padres; sin embargo si se trataba de "hijos legítimos, o de los naturales habidos en amiga bien conocidos como tal, corresponde la obligación de la crianza al padre o a los ascendientes por ambas líneas: pero de los otros hijos ilegítimos sólo incumbe la obligación a la madre y a los ascendientes por esa línea". (29)

²⁸ FLORIS MARGADANT S., GUILLERMO. Ibid. Pág. 126.

²⁹ ESQUIVEL OBREGON, TORIBIO. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Publicidad y Ediciones. México, D.F., 1943, pp. 85-86.

Según el autor para compensar esta obligación, el padre tenía derecho sobre los bienes del hijo, los cuales según su forma de obtención recibían diversos nombres, así por ejemplo tenemos los bienes profacticios que eran aquellos que ganaban los hijos con los bienes de sus padres; los bienes adventicios eran obtenidos por los hijos de una donación o herencia de sus madres, ascendientes maternos o de extraño, o por don de fortuna sobre estos bienes los padres tenían usufructo, pero la propiedad correspondía al hijo; en cuanto a los bienes castrenses eran los ganados por los hijos en el servicio militar o en la corte, en ellos los padres no tenían derecho alguno.

En esta etapa la patria potestad acababa por cualquiera de las siguientes causas:

"1a. Por muerte de quien la ejercía.

2a. Por muerte civil del mismo, o consecuencia de una condena o trabajos forzados de por vida o destierro con confiscación de bienes, lo que se llamaba deportación, a diferencia de la relegación, que era destierro sin confiscación ni pérdida de dignidades.

3a. Por estar el padre banido o encartado; es decir, que habiendo sido condenado a ser deportado se hallaba profugo.

4a. Por incesto o por haber contraído matrimonio con

parienta dentro del cuarto grado, sin haber obtenido licencia.

5a. Por haber obtenido el hijo alguna gran dignidad de la que conforme a la ley traía la emancipación.

6a. Por casarse y valerse el hijo *in faciere ecclesiae*.

7a. Por emancipación."⁽³⁰⁾

Sobre esta etapa de nuestra historia podemos concluir anotando que durante esta época, la patria potestad estuvo siempre encargada al padre.

Siguiendo la tradición del Derecho romano, la patria potestad en el Derecho español antiguo sólo se originaba en la familia legítima; durante esa etapa casi se extingue 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. A partir de entonces empezó a considerarse que la patria potestad tenía su base no en el Derecho positivo, sino en el Derecho natural.

En conclusión en la Época Colonial las leyes indígenas fueron casi una copia del Derecho español y sólo se le agregaron algunas leyes de los pueblos nativos, siempre y cuando no atentaran contra la Corona, es decir, que no fueran

³⁰ ESQUIVEL OBREGON, TORIBIO. *Ibid.* Pág. 88.

contrarias a las leyes aplicadas en la Madre Patria.

1.5 EPOCA INDEPENDIENTE.

En México continuó aplicandose la legislación española, hasta la promulgación del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales del 13 de diciembre de 1870, aún cuando las leyes de reforma por el Presidente Juárez en 1856 y 1859, contienden disposiciones propias del Derecho Civil como las que se refieren al desconocimiento de personalidad a las asociaciones religiosas, el matrimonio como contrato civil y la institución del Registro Civil. Este Código tiene como antecedentes un proyecto que por encargo oficial redactó don Justo Sierra en 1859, pero debido a la situación política por la que atravezaba el país, no llegó a entrar en vigor.

El doctor Justo Sierra, para la elaboración de su proyecto se inspiró en el Código Civil francés de 1804, el Código Albertino de Cerdeña, en los Códigos civiles portugués, austriaco y holandés, así como en las concordancias del proyecto del Código civil español de 1851, dando como resultado uno de los Códigos más avanzados de ese tiempo y mejores redactados.

Sin embargo, a pesar de las características del referido Código, pronto tuvo que ser revisado por una comisión designada para tal efecto. A partir de los trabajos realizados por esa comisión revisora, una nueva comisión dio cima a la obra, redactando un nuevo Código Civil que entró en vigor el 10. de junio de 1884. Este Código expresa principalmente las ideas del individualismo en materia económica.

Por otra parte en lo que respecta a la familia, éste contempla la autoridad casi absoluta del marido sobre la mujer y los hijos, al igual que consagro la desigualdad de los hijos naturales, estableció la indisolubilidad del matrimonio, introdujo la libertad de testar; en cuanto a esta disposición cabe hacer la observación que en el anterior Código de 1870 fué absolutamente desconocida.

Con relación al divorcio diremos que en el Código de 1884, no se reconoció el divorcio vincular, sino la simple separación cuerpos de los cónyuges, en los casos muy limitados en que era permitida esta separación, por lo que se refiere a la patria potestad aparecen disposiciones que regulan esta figura, tales como:

"Art. 245.- Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos

o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fuesen y no hubiere ascendente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor.

Art. 246.- Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales, a pedimento de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier providencia, que se considere benefica a los hijos menores.

Art 247.- El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Art. 248.- El Cónyuge que diere causa al divorcio, pérdida todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente, a menos que el divorcio haya sido declarado por las causas 7a., 8a. y 12a. señaladas en el Art. 227.

Art. 249.- En los demás casos, y no habiendo ascendientes en quien recaiga la patria potestad, se proveerá de tutor a los

hijos a la muerte del cónyuge inocente." (31)

El criterio que en materia de patria potestad siguió el referido Código fué: el de garantizar el bienestar de los hijos menores en caso de divorcio de los padres, dejando el ejercicio de la patria potestad de los hijos habidos durante el matrimonio al cónyuge inocente y condenando a la pérdida de la misma al cónyuge que diera origen a la separación, pero aclarando que la pérdida de la patria potestad no implicaba la pérdida de las obligaciones que los padres tenían para con la persona de los hijos.

³¹ PALLARES, EDUARDO. El divorcio en México. 2ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1979. Pág 27.

CAPITULO 2

FUENTES GENERADORAS DE LA PATRIA POTESTAD.

2.1 EIDETICA DEL MATRIMONIO.

Es opinión corriente la de derivar la palabra castellana matrimonio, por conducto de la latina *matrimonium*, de las voces *matrismonium*, carga, gravamen o cuidado de la madre.

Galindo Garfias para conceptualizar el matrimonio lo hace tomando en cuenta dos puntos de vista: como acto Jurídico y como estado permanente de la vida de los cónyuges.

Como acto jurídico constituye un atributo de las personas físicas, es decir, una variante del estado civil, mismo que se compone de una serie de derechos y facultades (Derechos y obligaciones) para protección de los principales intereses de la familia, es decir, el amparo de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges.

Entendiéndose el matrimonio como un estado a través del cual la seguridad y el conocimiento que le imparte el Derecho, fortalece el grupo familiar y permite que cumpla con las

finalidades sociales, éticas y aún económicas que le competen dentro de la comunidad.

Por otra parte, el doctor RAFAEL DE PINA, define el matrimonio como "El acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes."(32)

Es necesario acentuar en cuanto a la definición anterior los elementos que de la misma se desprenden, como son: acto bilateral, es decir produce derechos y obligaciones; como segundo elemento destacamos la solemnidad, es decir, que su celebración debe reunir una serie de formalidades que en un determinado momento lo harán o no valido, por otra parte los elementos que conforman el matrimonio deberán de ser de distinto sexo y como ultimo principio destacamos la formación de ayuda mutua.

Tomando en cuenta el papel que dentro del derecho positivo mexicano desempeña el matrimonio, SARA MONTERO DUHALT, ensayo

³² DE PINA VARA RAFAEL. Op. Cit. Pág. 314.

el siguiente concepto "Matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crean entre ellos una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley."(33)

Dicho concepto según su autor no ha incluido todas las formas de matrimonio habidas en la historia ni todos los casos particulares de matrimonio contemporáneos. Sin embargo, a mi criterio, setrato de recopilar los principales elementos de constitución del matrimonio en nuestro país, tales como la unión de los sexos, la comunidad de la vida y los derechos y obligaciones que de el emanan.

En otro sentido, Rojina Villegas, entiende el matrimonio como una institución cuyo fin es el reconocimiento por parte del derecho de la unión sexual para regula una comunidad de vida permanente, tanto biológica como espiritual; así mismo establece su desacuerdo con las afirmaciones hechas por el derecho europeo y el americano al señalar al matrimonio como la institución fundamental del derecho de familia.

³³ MONTERO DUHALT, SARA. Derecho de la familia. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1987. Pág. 97.

Muchas y muy variadas han sido las definiciones y conceptos que de matrimonio se han elaborado, se ha considerado a esta figura desde muy diversos puntos de vista: jurídico que es el que nos ocupa y al cual le dedicamos mayor importancia; sociológico donde el matrimonio es considerado como una relación más o menos duradera entre dos personas de distinto sexo cuyo fin se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura.

Otro sentido que se le ha otorgado al matrimonio ha sido el religioso (católico) donde se le ha considerado como un sacramento, al respecto, ANTONIO DE IBARREOLA, manifiesta "Después de una larga controversia de siglos, reconoce la iglesia que el sacramento del matrimonio no es más que la institución natural elevada por Cristo a la dignidad de sacramento y que por consiguiente, el sacramento consiste en el intercambio de consentimientos."(34)

Sobre este mismo sentido otros autores establecen:

"El matrimonio es la unión legal elevada por Cristo a sacramento de un hombre y una mujer para la comunidad de vida

³⁴ IBARROLA ZAMORA, ANTONIO DE. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. Tercera edición. México, 1984, pág. 160

recíproca y perpetua, espiritual y corporal. Es por consiguiente, un sacramento cuyos ministros son los mismos contrayentes y en el cual el sacerdote es solo un testigo autorizado por la iglesia. Su materia es la voluntad de los futuros cónyuges de contraer el vínculo conyugal, y su forma, la manifestación de esa misma voluntad por las formalidades legales"(Knecht).

De la definición anterior, se desprenden diversos elementos que de igual manera son tomados en cuenta en el ámbito jurídico tales como: Unión legal; un hombre y una mujer, vida recíproca, con excepción de la perpetuidad debido a que actualmente en el derecho mexicano el vínculo matrimonial puede ser disuelto por el divorcio.

Por otra parte, cuando se celebra un matrimonio, a mi criterio, no se tiene como única finalidad la perpetuación de la especie, sino la convivencia y ayuda mutua.

Sobre el tema que nos ocupa CHAVEZ ASCENCIO, lo entiende como el vínculo jurídico en virtud del cual los cónyuges se unen con las formas y solemnidades previstas por la ley.

No es cualquier unión manifiesta, sino una unión en la que un hombre y una mujer comprometen sus vidas permanentemente y

en todos los aspectos; así mismo, dicha unión genera consecuencias jurídicas siendo estos deberes y derechos.

Por otra parte, FERNANDO FUEYO establece "el matrimonio es la base de constitución y desarrollo de la familia, y como tal se le considera como la mas importante de las instituciones sociales privadas, puesto que aun sirve de base a todas las demás."(35)

Dicho autor considera al matrimonio como el origen de la familia y establece que a través de el se prepara a los hombres (Varón y Mujer), para la vida social creándose efectos y relaciones mutuas que no se tienen fuera de el además de vínculos morales que tienden al mejoramiento y superación del individuo. De igual manera considera que el matrimonio no es solo una institución jurídica, sino también ética, social y política y por lo tanto el estado se encarga de regularlo cuidadosamente.

Continuando con las diversa definiciones que de matrimonio se han dado, considero importante apuntar la que sostiene GEORGES RIPERT y JEAN BOULANGER, "El matrimonio es la unión del

³⁵ FUEYO LANERI, FERNANDO. Derecho Civil, Derecho de Familia. Editorial Imp y Lito-Universo, S.A. Valparaiso, Chile, 1959, pág. 77.

hombre y de la mujer formada con miras a la creación de una familia."(36)

Para los estudiosos del derecho Pipert y Boulanger, la palabra matrimonio encierra una dualidad de sentidos, esto es, designa tanto el acto jurídico realizado por las personas que deciden unirse y la situación legal que resulta de este acto.

Al respecto, tomando en cuenta las consideraciones anteriores, creo importante manifestar que en nuestro actual sistema, el matrimonio sigue conservando esa dualidad.

Existe también la definición que de matrimonio ha dado el tratadista PLANIOL, quien lo define como la unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad de contrato por la ley, y de sacramento por la religión.

Por lo que quienes reclaman el título de esposos comprenden todo el alcance de su unión y aceptan todas las consecuencias y deberes.

Sin duda alguna, el matrimonio tiene el efecto de crear

³⁶ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol. Tomo II. Volumen I. Editorial La Ley, S.A. Buenos Aires Argentina, 1963. Pág. 162.

entre los esposos deberes recíprocos; los asocia, pero no es este su fin; el matrimonio tiene como imperioso motivo los deberes comunes de los padres hacia los hijos; la unión prolongada del padre y de la madre, es el único medio de satisfacer estas obligaciones según Planiol.

LEMUS GARCIA define el matrimonio como: "La unión legítima del varón y la mujer con el propósito de perpetuar la especie humana y prestarse mutuo auxilio."(37)

El autor Lemus García, al igual que algunos de los ya citados coincide con el hecho de que el matrimonio tiene dos fines principalmente; uno la ayuda mutua que se deben los cónyuges en forma total y otro el de perpetuar la especie.

Después de haber estudiado y comprendido algunas de las definiciones que de matrimonio han dado los diversos estudiosos del derecho creo importante citar ahora como es definido el matrimonio en nuestra legislación y concretamente en el Código Civil del Distrito Federal.

³⁷ LEMUS GARCIA, RAUL , Derecho Romano (Compendio). Quinta Edición. Editorial "LIMUSA" Quinta Edición, México, 1979. Pág. 113.

Al respecto manifiesto que nuestro código no contiene definición alguna de matrimonio. Sin embargo, dedica el Título Quinto de diez capítulos a la regulación del mismo, así como sus consecuencias jurídicas, situación de los esposos y en general todos y cada uno de los elementos necesarios para su constitución.

Concluyendo con el presente título diré que a mi criterio el matrimonio es la unión jurídica disoluble y formal, de dos personas de distinto sexo (Varón y Mujer) cuyos fines principales son la convivencia, la ayuda mutua y la perpetuación de la especie.

2.2. CONCEPTO ROMANO DEL MATRIMONIO Y FIGURAS AFINES.

La convivencia sexual en el mundo antiguo se encuadra principalmente en dos figuras, ambas informales, casi de la misma aceptación, pero con consecuencias jurídicas distintas. Estas son el matrimonio y el concubinato.

Analizaremos ahora el concepto que en Roma se tenía del matrimonio; Pedro Bonfante lo describe de la siguiente manera: " El matrimonio romano es la cohabitación del hombre y la mujer con la intención de ser marido y mujer, o sea de procrear y educar hijos y de constituir, además entre los cónyuges una

sociedad perpetua e íntima bajo todos los conceptos. tal intención es llamada por los romanos " *affectio maritalis*."(38)

Por otra parte, entre los romanos el matrimonio fue severamente monogámico. La doctrina romana distinguió dos formas de uniones duraderas y monogámicas de un hombre con una mujer, con el objeto de procrear hijos: las justas nupcias y el concubinato. Este lo analizaremos con mas precisión mas adelante.

En la mayoría de los textos romanos el matrimonio es denominado "*Justae Nuptiae*" o bien "*iustum matrimonium*". El varón toma el nombre de "*vir*" y la mujer de "*uxor*". El matrimonio es la base y fundamento de la familia romana.

MODESTINO define el matrimonio : "*Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnivitaе, divine et humani juris communicatio*"; definición que es traducida por Raúl Lemus García: "Las nupcias son la unión del hombre y de la mujer, consorcio para toda la vida, participación del derecho divino y humano."(39)

³⁸ BONFANTE, PEDRO. Instituciones de Derecho Romano. Quinta edición. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1979. Pág. 140.

³⁹ LEMUS GARCIA, RAUL. Op.Cit. Pág. 113.

La definición de MODESTINO, fue muy criticada debido a que la misma no es aplicada en todas las épocas. Así por ejemplo, durante el período de JUSTINIANO, el matrimonio se consideró como la unión del varón y la mujer, con el propósito de convivir en forma permanente e indisoluble.

GALINDO GARFIAS, al estudiar el matrimonio en cuanto a su evolución y concretamente al referirse a la época romana establece "El matrimonio romano era simplemente una relación social que producía consecuencias jurídicas, en sus diversas formas, ya por medio de la *confarreatio*, ya por medio de la *coemptio* no tenía por efecto sino constatar la voluntad de convivencia, en calidad de esposos, entre un hombre y una mujer".

El matrimonio en sus orígenes romanos fue un hecho extraño al derecho, y sólo se hallaba organizado sobre bases religiosas; fue hasta el *jus civile* cuando dicho hecho adquirió carácter jurídico y fue entonces cuando se reguló las incapacidades para contraer matrimonio, así como los efectos producidos por las nupcias relacionados tanto a los consortes, como respecto a los hijos.

Dentro de la sociedad romana el matrimonio fue considerado

en un principio un hecho natural, un estado de vida que debía reunir dos elementos esenciales: una comunidad de vida y la comunidad espiritual, la primera marca el momento en que se inicia el matrimonio y consiste en la unión física de los cónyuges, mismo que va a establecer entre ellos un estado de vida.

Luego entonces dicha alianza no debe entenderse como unión de sexos sino como comunidad de vida que se inicia en el momento en que la mujer es puesta a disposición del marido, la mujer se halla sujeta a éste y comparte la posición social del mismo.

El otro elemento, o sea el espiritual, intelectual o psíquico verifica el material o corporal y se traduce en la intención del marido y la mujer de querer crear y mantener la vida común, así como de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal.

En resumen, para los romanos el matrimonio, " era simplemente un hecho jurídico: una relación social productora de consecuencias jurídicas, era la convivencia de un hombre con

una mujer."(40)

Dentro de la evolución histórica del matrimonio romano podemos distinguir tres fases características:

1.- En la primera fase el matrimonio normalmente va acompañado de la *manus* a tal grado que se confunde, en el sentido de que no hay matrimonio sin que la mujer caiga bajo la *manus* de su marido.

2.- En la segunda, al lado del matrimonio "*cum manus*" encontramos el matrimonio "*sine manus*" o matrimonio libre, el cual se caracteriza porque la mujer no entra en la familia de su marido ni cae bajo la potestad de éste. Sigue perteneciendo a su familia de origen y queda bajo la potestad de su *pater familias* o sigue siendo *sur juris*; la celebración de este matrimonio no implica solemnidad alguna y el único requisito de origen es el consentimiento de los esposos.

Otro de los elementos que lo caracterizaba es que puede ser disuelto por el divorcio el cual procede por la voluntad de uno solo, o por mutuo consentimiento; tanto para la disolución

⁴⁰ ROJINA VILLEGAS RAFAEL .Derecho Civil Mexicano. Séptima Edición. Editorial Porrúa, S. A., 1987. Pág. 204.

como para la celebración del matrimonio no interviene la autoridad pública.

3.- En la tercera, la *manus* perdió su importancia cayó en desuso existe el matrimonio "*sin manus*"

Es criterio general de los estudiosos del derecho es que dicha figura cayó en desuso bajo el período de Justiniano.

Ahora bien, dentro de las fases características del matrimonio es necesario mencionar que durante la primera de ellas, es decir, del matrimonio *cum manus*, la incorporación de la mujer a la familia del marido fue denominada *conventio in manum* y este podía celebrarse de tres formas:

a).- *Usus*.- Fue la forma más antigua de adquirir la *manus* sobre la mujer, y se configuraba conviviendo ininterrumpidamente el marido con la mujer durante un año. La mujer podía evitar este resultado separándose del lecho tres noches antes del fin de año. A esta conducta de la mujer se le llamaba *usurpatio trinocitii*.

b).- *Confaerratio*.- Este fue un procedimiento reservado únicamente a los patricios y consistía en una ceremonia de

carácter religioso que acompañaba al matrimonio. Esta se celebraba ante el pontífice máximo o el sacerdote de Júpiter y diez testigos, en la que los recién casados se hacían mutuas declaraciones solemnes ofreciendo un pan de trigo (centeno) a Júpiter.

Posteriormente la ley canuleia al permitir el matrimonio entre patricios y plebeyos, hizo menos frecuentes estas ceremonias.

c).- *Coemptio*.- Forma de matrimonio plebeyo. Consiste en una venta ficticia de la mujer al marido con la asistencia de su *pater familias* y el *pater familias* de la *domus* a la que ingresa o de su tutor, si es *sui juris* además de cinco ciudadanos romanos púberes, portabalanzas, valiéndose también de palabras sacramentales.

Las formalidades eran las mismas que para la *mancipatio*, modo de adquisición de cosa preciosa y sólo las palabras diferían.

La *manus* podía disolverse de distintas maneras según su forma de adquisición, así por ejemplo: si se había adquirido por *usus* como se escribió al analizar su adquisición y según la

Ley de las XII tablas, era suficiente que la mujer se alejara del hogar durante tres noches consecutivas.

Si la *manus* se había adquirido por *confarreatio* era necesaria una ceremonia contraria llamada *difarreatio*. Y por lo que se refiere a la *coemptio* se disolvía por un acto contrario.

En contraposición al matrimonio con *manus* existió el matrimonio *sine manus*.

Dentro de esta forma de matrimonio el marido no tenía poder alguno sobre la mujer, la cual seguía perteneciendo a su familia y a su *pater familis* natural. Como consecuencia no se modificaba de ninguna manera la condición de la mujer y el patrimonio de los esposos continuaba separado, sin embargo, la mujer debía contribuir al sostenimiento del hogar, creándose de esa manera la costumbre de la dote.

La Dote.- Lemus García la define como: " Una donación hecha al marido para solventar los gastos del matrimonio." (41)

La dote es profectica cuando la establece el padre o un

⁴¹ LEMUS, GARCIA RAUL. Op. Cit. Pág. 117.

ascendiente de la mujer; adventicia cuando la otorga la propia mujer o un tercero y recepticia, cuando se conviene su restitución en favor del tercero que la ha constituido.

"El matrimonio del Antiguo Derecho Romano, implica como factor esencial, poderes maritales absolutos sobre la persona de la mujer *-manus mariti-* por virtud de los cuales ésta pasa a formar parte de la casa del marido, a cuyo imperio queda sometida."(42)

De lo anterior entendemos que dentro de la sociedad romana el matrimonio no unía al varón y la mujer en un plano de igualdad sino por el contrario la mujer era una especie de objeto que era colocado bajo la autoridad del varón.

Por otra parte para la celebración del matrimonio no era necesaria ninguna forma jurídica, sin embargo, la celebración iba acompañada de importantes acontecimientos como fiestas y ceremonias.

El maestro Pedro Bonfante en lo que respecta al matrimonio manifiesta: "El matrimonio romano era, según lo hemos definido, el vivir juntos con intención marital, y cuándo estas circuns-

⁴² IBARROLA, ZAMORA, ANTONIO DE. Pág. 154.

tancias concurren el matrimonio existe; sino el matrimonio no existe."(43)

Analizaremos ahora los requisitos para contraer justas nupciales: que fueran consideradas validas por el derecho romano. Algunos autores consideran que son cuatro los requisitos fundamentales , otros los dividen en cuatro; nosotros vamos a estudiarlos en cinco:

Requisitos:

a).- Consentimiento de quienes van a contraer nupcias. Este requisito no siempre tuvo la misma importancia debido a que variaban según la época.

En un principio el único consentimiento legal el que otorgaba el *pater familias* de la mujer.

El consentimiento de los contrayentes debía ser expresado libremente; no era valido si se obtenía mediante violencia o engaño o miedo grave, se partía de la premisa de que las personas que contraen matrimonio deberían manifestar libremente su consentimiento, sin que este adolezca de vicio alguno.

⁴³BONFANTE, PEDRO.Op. Cit. Pág. 180.

Así por ejemplo un demente no podía consentir ni contraer matrimonio hasta que no tuviera un momento de lucidez.

b).- Consentimiento del *Pater familias*:

Por lo que se refiere al consentimiento del *Pater familias* diremos que según si la persona era *sui juris* o *aliene juris* era la necesidad del consentimiento al respecto diremos que si las personas eran *ALIENI JURIS* (persona libre que en el derecho privado no goza de plena personalidad), el consentimiento del *pater familias* no era necesario a cualquier edad que quisiera casarse. Era una consecuencia de la patria potestad y no, como en nuestra época una forma de protección. No había por qué consultar a la madre.

Al respecto José María Saínz Gómez, manifiesta: el consentimiento del *pater familias*. "Era un requisito indispensable para aquellos *aliani juris* que deseaban casarse."(44)

Para el caso de que el *pater familias* estuviera loco, ausente o cautivo, se admitió que los hijos pudieran contraer matrimonio sin su consentimiento, pero en el derecho justinianeo se exigió que hubieran transcurrido 3 años.

* SAINZ GOMEZ, JOSE MARIA. Derecho Romano I. Editorial Limusa S. A. de C.V. México D. F. 1988. Pág. 197.

Por otra parte cuando el *pater familias* sin causa justificada no otorgaba su consentimiento, la *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* (18 A. C.), permitía que el magistrado otorgara la autorización requerida, supliéndose de esta manera el *pater familias*.

Por lo que se refiere a las mujeres afirma Sainz Gómez si la mujer era *sui juris* "...se requería la autorización de su tutor, de acuerdo al derecho clásico. Después de casada la tutela del sexo, el derecho imperial requirió para las mujeres menores de 25 años, (incluso si son viudas), el consentimiento del padre y a falta de este de la madre y de sus parientes, o bien de la autoridad judicial."(45)

De lo anterior se desprende que siempre en el derecho romano la mujer tuvo menos independencia y que contrariamente a el varón, era requisito indispensable el consentimiento del *pater familias* a cualquier edad.

En el caso de que el varón que deseará contraer matrimonio fuera un nieto éste debía contar además del consentimiento del *pater familias*, con el consentimiento de su padre, debido a que los hijos que nacieran de su matrimonio se encontrarían, algún

⁴⁵ SAINZ GOMEZ, JOSE MARIA. Ob. Cit. Pág. 198.

día, bajo su potestad, y era una regla el que no podría tenerse un heredero de si mismo sin su consentimiento.

Cuando las personas eran *sui juris*.- Cualquiera que fuera su edad y siendo de sexo masculino podía, en Roma, casarse sin necesidad del consentimiento de nadie.

c).- Edad de la pubertad.

Para las mujeres.- En un principio, la edad de la pubertad, algunos autores la mencionan como capacidad sexual, se fijo en doce años.

Para los hombres.- En un principio se fijaba de acuerdo con cada caso particular y dicho procedimiento fue llevado a cabo por mucho tiempo.

Posteriormente se trato de aplicar un término uniforme y se propuso que fueran catorce años, opinión que triunfo junto con Justiniano.

d).- Capacidad jurídica o *jus connibii*.

FOIGNET La define como "la aptitud legal para contraer

las *justae nuptiae*."(46)

Dicha aptitud se alcanzaba siempre y cuando ambos fueran ciudadanos romanos, originalmente se exigía que fueran patricios, sin embargo, a partir del año 495 A. C. con la ley *canuleia* se permitió el matrimonio entre patricio y plebeyos y sólo se exigía la calidad del ciudadano y finalmente, con Justiniano los únicos excluidos del *connubium* fueron los esclavos y los bárbaros.

En contraposición a la capacidad jurídica se encuentra la incapacidad relativa, la primera se entendía como un obstáculo al matrimonio de una persona, con no importaba cuál otra persona, por ejemplo: los esclavos tenían incapacidad absoluta para contraer matrimonio con cualquier ciudadano.

La incapacidad relativa.- "Era la que constituía un obstáculo para el matrimonio sólo entre dos personas determinadas, en virtud de circunstancias que les eran propias."(47)

Así por ejemplo el parentesco que al igual que en el

⁴⁶ FOIGNET, RENE. Tr. FERNANDEZ AGUIRRE, ARTURO. Manual Elemental de Derecho Romano. Editorial José M. Cajica, Jr. S.A. Puebla, Pue. México. 1956. Pág. 53.

⁴⁷ FOIGNET, RENE. Ob. Cit. Pág. 53.

derecho actual impedía celebrar el matrimonio entre parientes en línea recta sin limitación de grados y en línea colateral, hasta el tercer grado (tíos y sobrinos).

Otra incapacidad fue la afinidad la que era un obstáculo absoluto en línea recta.

La existencia de matrimonio anterior no disuelto de cualquiera de los contrayentes fue otra incapacidad y base absoluta de la monogamia motivo por el cual la mujer viuda o divorciada que volvía a casarse debía observar, el periodo de viudez de diez meses para evitar la confusión de parto.

Otras incapacidades relativas fueron el parentesco espiritual, padrino y ahijada: el adulterio, el rapto, el desempeño de ciertas funciones públicas o privadas, la tutela.

EFFECTOS DEL MATRIMONIO

El matrimonio producía importantes consecuencias jurídicas respecto a los cónyuges, y respecto a los hijos, siempre diferenciándose cuando el matrimonio era *con Manus* y cuando era *Sin Manus*.

Analizaremos en primer términos los efectos que produce el matrimonio *con manus*.

Tal y como ya lo estudiamos la *manus* era una figura semejante a la patria potestad hasta en las consecuencias que producían, así vemos que al celebrarse el matrimonio con *manus* la mujer es considerada como hija del marido y como hermana de los hijos, participando de la condición social del marido y dejando de formar parte de su antigua familia a cambio entraba por completo a la *domus* de su marido.

En cuanto a los bienes, estos pasan a manos del marido y cuando el marido moría la mujer entraba a la sucesión en calidad de *heres sua*, es decir, en igual título que sus propios hijos y debía concurrir con ellos.

Por lo que se refiere a la condición de la mujer cuando el matrimonio era sin *manus* es importante destacar que la mujer no entraba a la familia de su marido y por lo tanto no caía bajo su potestad. Permanecía en su familia de origen y mantenía la misma condición que en el momento del matrimonio, es decir, en ese momento era *sui juris*, seguía sometida a esa condición, si era *aliene Juris* bajo la potestad de su padre, seguía sometida a esa potestad, debido a que en Roma, el matrimonio no

emancipaba como en la actualidad.

En cuanto a los bienes de la mujer si era *sui juris*, seguían siendo de su propiedad al igual que aquellos que pudiera adquirir durante el matrimonio y el marido no tenía sobre ellos ningún derecho.

A la muerte del marido, la mujer no tenía ningún derecho a su sucesión.

Los hijos en el matrimonio sin *manus* no tenían ningún lazo de parentesco civil con la madre debido a que formaban parte de dos *domus* diferentes, es decir, no estaban bajo la misma potestad, solo eran cognados y como consecuencia no existía el derecho de sucesión recíproca entre ellos, situación que fue modificada bajo Marco Aurelio por dos senadoconsultos.

Por otra parte en lo que se refiere a la relación entre el padre y los hijos, esta era idéntica ya en el matrimonio con *manus* o sin ella, los hijos estaban siempre bajo la patria potestad del padre, si este es *sui juris* o del abuelo, si el padre era *aliene juris* los hijos tienen derecho al nombre, condición social y domicilio del padre.

Son herederos *sui*, o sea descendientes legítimos y pueden suceder al *pater* por la ley, o a través de la sucesión legítima o *ab intestato*, en caso de que estuvieran bajo la patria potestad, en el momento del fallecimiento del padre.

Los hijos en el derecho romano tienen la obligación recíproca de alimentos con el padre y además el deber de respetarlo y obedecerlo.

A grandes rasgos diremos que para los romanos la mujer está sujeta a las penas del adulterio por infracción a la fidelidad conyugal, delito que era sancionado con pena de muerte.

Siguiendo los efectos del matrimonio JOSE MARIA SAINZ, establece varias consecuencias sobre las que destacan:

- "a).- Los cónyuges se deben mutuamente alimentos.
- b).- Los cónyuges no pueden hacerse mutuamente donaciones.
- c).- La esposa tiene prohibido ser fiadora de su marido.
- d).- Un cónyuge no podía ejercer contra el otro una acción que trajera como consecuencia una pena infamante y se prohíbe ejercer la acción de robo.
- d).- La viuda que no posee bienes tiene algunos derechos

en relación a la sucesión del marido, si este muere intestado."(48)

De lo anterior se desprende que el derecho romano es una fuente de inspiración a nuestra legislación debido a que guarda semejanzas como alimentos, y prohibiciones entre cónyuges.

Siguiendo con los efectos que el matrimonio romano produce PEDRO BONFANTE establece: "El marido tenía el *interdictum de uxore exhibenda et mismo* que se ejercitaba contra cualquier tercero que retuviese ilegalmente a la mujer".

Dentro de las relaciones matrimoniales, la mujer participa del mismo rango social del marido, aún cuando la condición de plebeya o libertina no se extingue en virtud de su matrimonio con patricio o ingenuo respectivamente, aún cuando estas uniones fueron permitidas.

Al celebrarse un matrimonio romano los cónyuges adquieren el título de *vir* (varón) y de *uxor* (mujer).

⁴⁸ SAINZ GOMEZ, JOSE MARIA. Ob. Cit. Pág. 201, 202.

DISOLUCION DEL MATRIMONIO.

Al igual que en el matrimonio, los autores establecen diversas causas de su disolución, así hay quien establece cuatro como son: muerte de uno de los esposos, pérdida de libertad, pérdida de la ciudad, para uno o para otro y el divorcio.

A diferencia BONFANTE solamente señala dos que son muerte de uno de los cónyuges y la otra que sería pérdida de la capacidad o de la *affectio maritalis*.

En el presente trabajo con la finalidad de ser más claros analizaremos las causas que originaban la disolución del matrimonio en Roma:

a).- La muerte de uno de los cónyuges.- En este caso el marido podía contraer matrimonio nuevamente en forma inmediata; la mujer en cambio debía esperar el período de viudez el cual comprende el transcurso de diez meses, con el objeto de evitar la confusión del parto y tener la certeza en la filiación paterna del hijo que naciera, quienes violaban esta norma incurrían en infamia.

Nuestro derecho establece un término semejante en el artículo 158 del Código Civil vigente.

Artículo 158 del Código Civil.- La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

b) La pérdida de la libertad. La pérdida de la libertad (*capitis desinutiomaxima*), de cualquiera de los cónyuges, ya sea por hacerse esclavos de un particular, por condena o por caer en poder del enemigo cuanto a esta condición BONFANTE establece: "El matrimonio deshecho por la prisión de guerra, por el cual el ciudadano romano se vuelve esclavo del enemigo, no es rehecho *iure postliminii*, como los derechos familiares o patrimoniales, precisamente porque el matrimonio no es un derecho, sino una relación jurídica de mero hecho, que dura mientras duran las condiciones de hecho de su existencia."(49)

Sin embargo, en cuanto a este punto al regresar el cónyuge prisionero podía contraer nuevo matrimonio, pero nunca conti-

⁴⁹ BONFANTE, PEDRO. *Ob. Cit.* Pág. 189.

nuar con el antiguo.

Por otra parte el Derecho Justiniano prohibió al cónyuge libre contraer nuevas nupcias hasta en tanto hayan transcurrido 5 años desde el tiempo de la cautividad, cuando la supervivencia fuera incierta, y si a pesar de dicha condición el cónyuge libre hubiera pasado a nuevas nupcias, se le consideraba como si se hubiera divorciado y quedaba sujeto a las penas establecidas para el divorcio ilícito.

c).- Por la *capitanis deminutio media*, que originaba la pérdida de la ciudadanía romana debido a que sólo los ciudadanos romanos podían casarse en justas nupcias. Del mismo modo, por sobrevenir un impedimento como sería el caso de que el padre del marido adoptará a su nuera, convirtiéndose esta en hermana de su esposo, sobreviniendo al incesto (*incestus superviniens*), el cual podía evitarse emancipando al hijo o a la hija antes de contraer matrimonio.

d).- Por divorcio (*divortium o repudium*).- En este caso el matrimonio se disuelve por la falta de *affectio maritalis* en uno o en otro de los cónyuges, o en ambos, debido a que como lo analizamos al inicio de este título para el matrimonio se requería de una unión duradera basada en el acuerdo de los

cónyuges, de tal forma que si éste faltaba, se disolvía el matrimonio.

En lo que se refiere a la contemplación del divorcio por el derecho romano SAINZ GOMEZ manifiesta:

"La admisión legal del divorcio data desde la Monarquía, sin embargo, su uso era poco frecuente por los antiguos romanos, posteriormente según señala Cicerón el divorcio se encontraba permitido en la ley de las XII Tablas. Durante la época republicana el divorcio se utilizó con mayor frecuencia."(50)

Cabe mencionar que en cuanto al divorcio, este dependía de la forma en la cual se había contraído el matrimonio, es decir, con *manus* o sin *manus*.

Matrimonio CON *MANUS*.- es necesario establecer que en esta forma de matrimonio la mujer y el marido son diferentes en cuanto a derechos, por lo tanto, la mujer no podía imponer el divorcio a su marido; ni tenía ningún medio para substraerse a la potestad de su marido, como no lo tenía un hijo de familia para substraerse a la patria potestad.

⁵⁰ SAINZ GOMEZ, JOSE MARIA. Ob. Cit. Pág. 204.

Al contrario, el marido podía repudiar a su mujer, dando fin de esta manera a la *manus* y en este caso cuando la *manus* se había establecido por *confarreatio* era necesario una ceremonia inversa que se llamaba *diffarreatio*.

En caso de que la *manus* se hubiera establecido por *coemptio* o por *usus*, el marido podía darle fin por la vía de emancipación.

Tal situación permaneció hasta finalizar la República época en que también las mujeres sujetas a la *manus* pudieron divorciarse y obligar al marido a renunciar a la *manus*.

Matrimonio SIN *MANUS*.- Este matrimonio se consideraba un estado de hecho, un género de vida que implicaba el mutuo consentimiento de los esposos y cuando este acuerdo terminaba ya fuera por parte de los dos esposos o por parte de uno sólo, el matrimonio daba fin. De lo anterior se desprende que hubo dos clases de divorcio:

- 1.- Divorcio por mutuo consentimiento.
- 2.- Divorcio por voluntad de uno de los esposos o *repudium*.

El divorcio, por naturaleza, no exigía forma, como tampoco las exigía el matrimonio. Un simple aviso verbal o un simple anuncio por escrito o por mensaje debía bastar.

La autoridad pública no intervenía en Roma, ni para la celebración, ni para la disolución del matrimonio. Se casaban y se separaban con igual facilidad, por tal motivo se abuso enormemente del divorcio a tal grado que FOIGNET en su manual elemental de derecho romano escribe sobre la separación:

"Se abusó enormemente de esta, sobre todo a partir del siglo VI de Roma y a principios del Imperio, al grado de que las mujeres, dice un historiador, no contaba ya los años por los nombres de los cónsules, como antes, sino por los nombres de sus maridos."(51)

Como en un principio indicamos en el mismo momento en que se eleva el matrimonio al rango de institución jurídica, nace a su lado otra figura, con casi la misma finalidad personal, casi de la misma aceptación social, pero desprovista de las consecuencias jurídicas de matrimonio justo. se trata del

⁵¹ FOIGNET, RENE. Ob. Cit. Pág. 56.

concubinato.(52)

El autor en cita, al respecto nos señala las formas convergentes que participan en el origen de esas dos convivencias afirmando:

"Solo en tiempos de Augusto, el matrimonio recibe su categoría de indiscutible institución jurídica; este emperador profundamente preocupado por la organización de la vida familiar de sus tiempos y por las repercusiones de esta sobre el estado de la población reglamento minuciosamente las condiciones para un matrimonio justo, que tenga todas las consecuencias jurídicas que el emperador otorga a esta institución. Y mediante una política de caramelos y latigazos trato de impulsar a los romanos hacia estos matrimonios justos".

Esta figura surge de dos fuentes:

1).- Augusto, el aristócrata, el nacionalista, no quiere que las uniones entre mujeres de familias senatoriales y personas de oscuro origen, como son los libertos, produzcan los

⁵² FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Algunas aclaraciones y sugerencias en relación con el Matrimonio y el Concubinato en el Derecho Romano. Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, tomo VI, Julio-Septiembre, Núm. 23, 1956. Pág. 31.

efectos favorables del matrimonio justo. Por otra parte Cupido lanza sus flechas sin fijarse exactamente en el rango social de sus víctimas. Ahora bien, si la hija de un senador se casaba con el hijo de un liberto, el resultado no era un matrimonio justo, sino un concubinato, una unión estable y monogámica, nada indecorosa, socialmente aceptada, pero que no producía efectos jurídicos.

2).- A pesar de las ventajas legales que ofrecía el matrimonio justo, a veces los interesados preferían una forma de convivencia maridable sin consecuencias jurídicas.

Decimos pues, que el concubinato es una forma de relación sexual muy antigua; conocida como una comunidad conyugal en la que existía una unión estable del hombre y la mujer sin que mediara intención recíproca de estar unidos en matrimonio.

Desde su aparición en Roma se considera a ésta como la unión libre: "*concubinatus extra legem poenam est*, esto es: el concubinato no está penado por la ley, pero a la vez se le va a ubicar como la unión que no tiene el rango del matrimonio y que por tanto, es inferior: *inaequale conjugium*" (53). Advir-

⁵³ MAGALLON IBARRA, JORGE MARIO. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. Editorial Porrúa, S.A. México 1988. Pág. 337.

tiéndose de ésta manera que era una institución expresamente reconocida.

"Como institución, el concubinato debe su nombre legalmente admitido, a la ley *Julia de adulteriis*, dictada por Augusto en el año 9 d.C."(54)

La ley *julia de adulteriis* calificaba de *strupum* y castigaba todo comercio con mujer joven o viuda, fuera de la *justae nuptia*, haciendo una excepción en favor de la unión duradera llamada concubinato, recibiendo así una sanción legal, pero sólo para el caso de que existieran entre el hombre y la mujer vínculos duraderos, adquiriendo de ésta forma un reconocimiento tácito.

En un principio, el concubinato no producía ninguno de los efectos civiles unidos a las *justae nuptias*. Por eso la mujer no era elevada a la condición social del marido pues aunque algún ciudadano hubiese tomado para concubina a una mujer de su mismo rango, lo cual era muy raro, no era nunca tratada como

⁵⁴ DUMM, RAUL E. Concubinato. Enciclopedia Jurídica Omega. Tomo III. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.1966. Pág. 616-617.

uxor en la casa y en la familia.(55)

En cuanto a los hijos nacidos del concubinato, son cognados de la madre y de los parientes maternos, pero no están sometidos a la autoridad del padre, y nacen *sui juris*. Es decir, si un ciudadano pretendía desarrollar una familia Civil y tener bajo su autoridad a los hijos contrae la *justae nuptiae* y si pretende dejar fuera de su familia a los hijos que le nacieran a la mujer que se unió, toma una concubina.

Sin embargo, si una mujer honesta de rango superior descendía al rango de concubina, no podía vivir en concubinato sin poner en entredicho su nombre y sin que socialmente se desmereciere su calidad.

Es el emperador Adriano, "quien introduce por vez primera en 119 un matiz jurídico en el concubinato, otorgando un muy reducido derecho a la herencia en favor de los hijos de concubinatos de soldados. Se trata de una medida muy lógica ya que los soldados romanos no podían celebrar un "matrimonio justo": solo podían vivir en concubinatos y a pesar de las facilidades establecidas para el testamento militar, hay que

⁵⁵ PETIT, EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. Novena edición. Editorial Epoca S.A. México D.F. 1977, pág. 111.

suponer que la mayoría de los soldados, imprevisores e ignorantes, morían sin testamento, en cuyo caso sus hijos no podían recibir ni la más insignificante porción de la herencia. De ahí esta sensata medida, que acredita el sentido social del activo Adriano. De ésta manera, entra la figura social del concubinato en el Derecho que hoy nos ocupa."(56)

Igualmente, esta figura para configurarse exigía la habilidad para contraer matrimonio regularmente, sin incurrir a ninguna violación a la ley. Debía mediar la aptitud sexual necesaria, libertad o ausencia de cualquier impedimento que comprometiese la viabilidad del matrimonio.

Este tipo de unión era una situación de hecho que se manifestaba en la convivencia entre un hombre y una mujer. Ello entraña el trato sexual exclusivo de uno con una, que a la vez implica fidelidad y singularidad.

Por todo lo que hemos estudiado sobre concubinato, podemos darnos cuenta que en derecho romano no había celebración de matrimonios propiamente, sino solo reglamentaba sus condiciones de validez y efectos y no se ocupaba de sus formas.

⁵⁶ FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Algunas Aclaraciones y sugerencias en relación con el Matrimonio y el Concubinato en el Derecho Romano. Ob. Cit. Pág. 33.

El matrimonio era tan poco solemne y tan poco sólido como el concubinato de manera que a veces era difícil distinguirlos.

Aparte del matrimonio (*justae nuptiae*) en Roma se practicaban otras uniones como el concubinato del que ya hemos hablado, el matrimonio de Derecho de gentes y el *conturbenium*.

a).- Matrimonio del Derecho de gentes: es conocido como matrimonio del Derecho de gentes o bien *matrimonium sine connubia*, se efectúa entre personas que no tenían los dos el *jus connubii*. Por ejemplo, aquel matrimonio celebrado entre un ciudadano y un peregrino, o entre dos peregrinos.

Este matrimonio se reglamentaba por el derecho de gentes o por el derecho propio de la ciudad a la cual pertenecían los esposos. Los hijos nacidos del matrimonio *sine conubio* seguían la condición jurídica del cónyuge no ciudadano por efectos de la ley Minicia.

b).- *Conturbenium*: Es la pura unión de dos esclavos o de una persona libre y un esclavo; una unión de hecho que no producía efectos jurídicos algunos.

El derecho no reconocía parentesco entre esclavos; sin

embargo, durante el imperio se admiti *cognatio servilis* con objeto de impedir matrimonios incestuosos.

2.3 MEXICO, EN LA INSTITUCION DEL MATRIMONIO.

Analicemos ahora el matrimonio a su paso por la historia en nuestro país.

2.3.1 SU TRANSICION HISTORICA.

El matrimonio constituye uno de los temas de derecho civil al que se le ha dedicado una atención más constante no sólo por su importancia en el orden jurídico, sino igualmente en el moral y en el social motivo por el cual se han hecho múltiples esfuerzos por estudiar y esclarecer los diversos problemas que con él se relacionan.

Antes de entrar en el estudio de sus diferentes aspectos, trataremos de analizar de manera somera su paso a través del tiempo en México.

El matrimonio es la forma regular de constitución de la familia y ha sido considerado desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista meramente civil.

En el derecho mexicano, a partir de la ley de relaciones

familiares del 9 de Abril de 1917, se sustenta el criterio perfectamente humano de que la familia está fundada en el parentesco por consanguinidad y especialmente, en las relaciones que origina la filiación tanto legítima como natural. Por lo tanto, el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones jurídicas de paternidad, maternidad y patria potestad, ya que tanto los hijos naturales como los legítimos a efectos de reconocerles en el Código Civil vigente, los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores.(57)

Al respecto creemos que este ha sido un criterio bastante aceptado ya que no necesariamente se necesita formar parte de un matrimonio (hijos o cónyuges) para ser sujeto de obligaciones y potestades, es decir, los progenitores siempre tendrán obligación para con sus hijos, estén o no unidos en matrimonio.

Por otra parte, podemos señalar como grandes etapas de evolución del matrimonio en nuestro país, las siguientes.

PROMISCUIDAD PRIMITIVA.- Según las hipótesis más fundadas de los sociólogos en las comunidades primitivas

⁵⁷ ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Compendio de Derecho Civil Tomo I. Tercera Edición. Editorial Libros de México. México 12 D.F. 1967. Pag. 275.

existió una promiscuidad que impedía determinar la paternidad y, por lo tanto, la organización familiar se reguló siempre con relación a la madre.

Los hijos seguían la condición jurídica y social de aquella, dándose así lugar al matriarcado.

MATRIMONIO POR GRUPOS.- Se presenta como una forma de promiscuidad relativa por la creencia mestiza derivada del Totemismo, los integrantes de una tribu se consideraban hermanos entre sí y por lo tanto no podían contraer matrimonio con las mujeres de su propio grupo. Surge la necesidad de buscar la unión sexual con las mujeres de una tribu diferente.

Entre los mayas el matrimonio era monogámico, pero con tal facilidad de repudio que con frecuencia se presentaba una especie de poligamia sucesiva. Hubo una fuerte tradición exogámica: Dos personas del mismo apellido no debían casarse.

"El novio entregaba a la familia de la novia ciertos regalos: por lo tanto los mayas en vez de la dote tenían el sistema del precio de la novia."(58)

⁵⁸ FLORIS MARGADANT GUILLERMO. Introducción a la historia del Derecho Mexicano. Pág. 15.

Al respecto manifestamos que cada tribu tenía su propia convicción del matrimonio, así entre los aztecas el derecho de familia estaba más sujeto a las tradiciones.

El matrimonio era potencialmente poligámico (en Texcoco y Tacuba, sólo tratándose de nobles), pero una esposa tenía la preferencia sobre las demás y tal preeminencia también se manifestaba en la situación privilegiada que tenían sus hijos, en caso de la repartición de la sucesión del padre.

Existía la costumbre de casarse con la viuda del hermano. Era un acto formal con influencia religiosa y en algunas partes hubo matrimonio por rapto o por venta.

Los matrimonios podían celebrarse bajo condición resolutoria, los cuales duraban hasta el nacimiento del primer hijo después de lo cual la mujer podía optar por la transformación del matrimonio en una relación por tiempo indefinido, pero si el marido se negaba ahí terminaba el matrimonio.

MATRIMONIO POR RAPTO.- En la evolución posterior debido principalmente a la guerra y a las ideas de dominación que se presentaron en las distintas culturas humanas, la mujer es considerada parte del botín de guerra, y por lo tanto, los

triunfadores adquieren para su propiedad mujeres que logran arrebatarse al enemigo, de la misma manera que se apropian de bienes y animales.

MATRIMONIO POR COMPRA.- Consolida definitivamente la monogamia, adquiriendo el marido un derecho de propiedad sobre la mujer, quien es totalmente sometida a su poder. Toda la familia se organiza jurídicamente alrededor de la potestad del esposo y padre.

MATRIMONIO CONSENSUAL.- Por último el matrimonio se presenta como una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie.

El anterior es más bien el concepto moderno de matrimonio el cual puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas para convertirse en sacramento o en un contrato como es considerado por distintos derechos positivos.

2.3.2 SU CONCEPCION CONTEMPORANEA.

El matrimonio como figura jurídica ha sido conceptuada de muy diversas maneras, cada autor o estudioso de dicha figura le agrega o le quita elementos según su criterio. Anotaremos aquí

las que a nuestra manera de pensar son más acertadas.

Matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellos una comunidad de vida total y permanente de derechos y obligaciones recíprocos determinados por la ley.(59)

Actualmente el Código Civil para el Estado de México en su artículo 131 define el matrimonio de la siguiente forma:

Artículo 131.- "El matrimonio es la unión legítima de un sólo hombre una sola mujer, para procurar procreación de los hijos y ayudarse mutuamente".

Asimismo, agrega en los artículos siguientes elementos como son: Ante quien debe celebrarse, los requisitos para la celebración y en general todas la formalidades que deben observarse para su realización.

De lo antes escrito podemos resumir que actualmente nuestro legislador contempla el matrimonio como un contrato civil.

⁵⁹ MONTERO DUHALT, SARA. Op. Cit. Pág. 97.

2.3.3 NATURALEZA JURIDICA.

En torno a la naturaleza jurídica del matrimonio existen diferentes posiciones doctrinarias.

El matrimonio como contrato:

El artículo 130 de la Constitución General de la República y los Códigos civiles de 1870, 1884 y 1928, se refieren al matrimonio calificándole de contrato; es decir de un acuerdo de voluntades que produce derechos y obligaciones entre los consortes y sus hijos.

Dentro de esta división también existen diferencia de criterios ya que hay quienes dicen que es un contrato de adhesión y quienes manifiestan que se trata de un contrato ordinario, así mismo existen quienes lo califican como un contrato *sui generis*, personal y social.

2.4 EL CONCUBINATO. DEFINICIONES.

La etimología de la palabra concubinato deriva de la palabra latina *concubitus* del verbo *concubo*, que significa acostarse conjuntamente; sin embargo el sentido etimológico del concubinato no puede ser determinante en la formación de su concepto jurídico, ya que habría concubito siempre y cuando

hubiera cohabitación, ya fuera entre casados, entre adúlteros o entre concubinarios, y que más bien han sido las costumbres y las leyes de los países a través del tiempo las que le han dado la significación que actualmente lleva.

Pocos autores del derecho civil se han preocupado por el estudio del concubinato como institución, por tanto pocos también son los que han propuesto una definición del mismo.

Ahora bien, para poder dar una posible definición del concubinato y en virtud de que siempre se hace referencia a la concubina, se requiere entender primero el término de concubina y consecuentemente el de concubinario, denominación que se da a la mujer y al hombre respectivamente, que se unen sexualmente como si fueran marido y mujer sin estar casados. Así pues, concubina viene del latín *concubina* que significa "manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si este fuera su marido". Es pertinente señalar que manceba es la mujer que tiene trato ilícito y habitual con un hombre. Por consiguiente, concubinario es el otro elemento que comprende el concubinato y es "aquel que tiene concubinas" y por último la palabra concubinato (viene del latín *concubinatus*) se define como "comunicación o trato de un hombre con su concubina".(60)

⁶⁰ Ibidem. pág 21.

Nos damos cuenta de que la terminología para ambos sujetos es diversa: "concubina" la mujer, "concubinario" el hombre, términos que deberían cambiarse, igualándose, Si el Código Civil vigente ha igualado la condición jurídica de ambos miembros de la pareja, unida por matrimonio o por concubinato, deben cambiarse también los términos relativos. Los casados son cónyuges, los no casados serán ambos concubinos.

Atento a lo anterior, decimos que en nuestro Derecho, algunos juristas definen el concubinato con base en la doctrina y legislación civil mexicana, en los siguientes términos; concubinato es la unión sexual de un solo hombre con una sola mujer que no tiene impedimento legal para casarse y que viven como si fueran marido y mujer, en forma permanente y constante por un período mínimo de cinco años. Este plazo puede ser menor si han procreado hijos; es decir, aún cuando una pareja no realiza la ceremonia matrimonial, esto es, el acto solemne del matrimonio; pero viven juntos y procrean; desde el momento en que nace el primer hijo se convierten en concubinos y si no obstante, no hubieran procreado pero han permanecido juntos por más de cinco años, se entiende que viven en concubinato.

Entre otros autores, Chávez Asencio estima que "el

concubinato es la unión sexual de un hombre y una mujer que viven en lo privado y públicamente como si fueran cónyuges (sin serlo), libres de matrimonio y sin impedimento legal para poderlo contraer, que tiene una temporalidad mínima de cinco años o tienen un hijo."(61)

Por lo tanto, se entiende como una comunidad de vida que realizan un hombre y una mujer como si fueran cónyuges, lo que implica un comportamiento, en lo humano y en lo jurídico, como lo hacen los consortes.

Por su parte el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, contempla el concubinato en su artículo 146 que establece: "El concubinato es la unión de un hombre y una mujer libres de matrimonio, que durante más de cinco años de manera pacífica, pública, continua y permanente y sin tener impedimento para contraer matrimonio, hacen vida en común como si estuvieran casados y con obligaciones de prestarse alimentos". En esta legislación encontramos que legisladores atribuyeron características semejantes a la posesión, por lo que se refiere a que debe ser pacífica, pública y continua; cabe señalar que no estamos hablando de cosas, sino de una situación de hecho que

⁶¹ Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa. S.A. México, 1985. Pág. 295.

se origina con lo que resulta innecesario decir, que esta situación debe darse sin violencia porque de otra forma no se configuraría el concubinato, estando conformes que debe ser pública y continua.

Al respecto, Rojina Villegas considera al concubinato y da su definición como: "la unión de hecho entre hombre y mujer que hacen vida marital y habitan la misma casa."(62)

Al respecto, nosotros seguimos con el criterio ya establecido por nuestra legislación civil, al intentar darnos el concepto de concubinato. Por tanto, dejaremos de llamar así a todas las otras uniones adúlteras o plurilaterales y otras más que no tiene las características señaladas por nuestro Código Civil. Es decir, los amasiatos, barragánias, líos, queridatos, etc. Esta figura en estudio se nos presenta siempre como la situación de hecho en que se encuentran un hombre y una mujer, que sin estar casados hacen vida marital. Requiriendo de estabilidad y permanencia, con lo cual se diferencia de las uniones pasajeras o esporádicas (no hay estabilidad) a aquellas relaciones sexuales habituales, pero que no van acompañadas de cohabitación (no hay permanencia).

⁶² MIXCOATL VAZQUEZ, ROSALIO. El concubinato y su Régimen legal. Tesis profesional, UNAM. México, 1959. Pág. 13.

Luego entonces, tomando en consideración lo anterior, podemos decir que el término de concubinato está mal empleado a esta relación, ya que en nuestra sociedad no es muy utilizado, pues ya hemos dicho que significa acostarse conjuntamente; no obstante, para el estudio de este trabajo seguiremos utilizando el de concubinato, el cual tiene como finalidad la continuidad de las relaciones sexuales, la permanencia y la estabilidad y que tiene las mismas consecuencias jurídicas que el matrimonio. Por lo tanto, decimos que el concubinato es la otra forma de constituir la familia, que surge por la sola voluntad de dos personas de distinto sexo que crea entre ellos una comunidad de vida permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por ellos mismos y actualmente regulados por diversas legislaciones de nuestro sistema jurídico.

2.5 LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

En el siguiente apartado analizaremos un tema muy controvertido y sobre el cual los legisladores de 1928 no establecieron relación alguna. Me refiero al procedimiento que ha dado en llamarse "Inseminación artificial en seres humanos".

La inseminación artificial en seres humanos es un procedimiento que se da a conocer en 1799, en Escocia, donde Jhon

Hunter logra con certeza la primer inseminación artificial en una mujer, posteriormente en 1942 es conocido en Estados Unidos de América, en 1950 en este mismo país es practicada la teleinseminación, con semen de soldados acantonados.

En México, Distrito Federal en 1958, la Lic. Hilda Cortés Obregón, publica la traducción de la Ley de Suecia de 1951 sobre inseminación artificial y en ese mismo año, es enviado por el Presidente de la República al Congreso de la Unión, un proyecto de Ley denominado "Ley que regula algunas transacciones Civiles y Mercantiles sobre el cuerpo humano, sus sistemas, aparatos, órganos y fluidos"; proyecto al cual el Congreso nunca le dio trámite, mismo que ocurrió con el proyecto de 1969. Sin embargo, a pesar de estos importantes hechos, la materia en estudio no fue del dominio público debido principalmente a la falta de conocimiento por parte de la población de este fenómeno médico que ha venido a poner en crisis no sólo a la moral sino también al derecho.

Por otra parte, cabe hacer mención que la falta de legislación en México del procedimiento en estudio se debe fundamentalmente a que el Código Civil fue elaborado en una época en que las ciencias físicas y naturales carecían de importancia en la vida colectiva del país, así como a los

principios de los pensamientos mexicanos, que hacen que la ciencia avance lentamente. Esto aunado al tabú religioso que influye en el pensamiento de la persona, hace que los legisladores la vean con indiferencia.

Después de haber conocido a grandes rasgos la historia de la inseminación artificial y el motivo de la falta de legislación en México, considero necesario profundizar un poco en la materia de estudio de manera que conozcamos lo más importante y destacado de este procedimiento y su relación con la patria potestad.

En México se han hecho encuestas y estudios relacionados con el tema, pero no existe ninguna ley aprobada; así, anotamos a manera de información:

1.- El Lic. Julio César Vera Hernández verifica en el Distrito Federal, una encuesta con 150 médicos, y 21 de ellos, le manifiestan que la practican, 8 más que la aprueban aunque no la practican y el resto la rechazan.

2.- En 1958, la Lic. Hilda Cortés Obregón, publica la traducción de la ley de Suecia en materia de inseminación artificial.

3.- En 1958, en México, el Presidente de la República envía al Congreso de la Unión un Proyecto de Ley denominado "Ley que regula algunas transacciones civiles y mercantiles sobre el cuerpo humano, sus sistemas, aparatos, órganos y fluidos" y en él se hizo una reglamentación pésima de la materia.

4.- En 1968 se establecen " Bancos de semen" en diversos países como Francia y Alemania, en donde se obtiene semen de diversos "dadores", guardando absoluto secreto sobre su identidad.

5.- En México, en 1969, el titular del Poder Ejecutivo Federal, designa una comisión para que elabore un proyecto de ley , que se ocupe en general de trasplantes.

Veamos la opinión que algunos autores tiene sobre la materia: "La Inseminación Artificial, la puedo definir como el encuentro del espermatozoide y el óvulo, en el genital adecuado de la hembra-útero por la introducción del esperma del macho, con el empleo de medios mecánicos, esto sin necesidad de contacto carnal."(63)

⁶³ GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. El patrimonio. Segunda Edición. Editorial Cajica, S.A. Puebla, Pue. México, 1982. Pág. 627.

El concepto anterior es muy extenso y de sus elementos se desprende que puede aplicarse a todas las clases de seres vivos, es decir a cualquier ser racional o no, que se reproduzca a través del depósito del esperma del macho en el genital de la hembra y según sea el caso será inseminación artificial en seres humanos o animales; de estas, la que será objeto de estudio por su importancia y consecuencias para el Derecho será la inseminación artificial en seres humanos.

Por su parte, Paul Palmer la define de la siguiente manera: "Es introducir el esperma en los órganos sexuales de la mujer de un modo distinto que por comercio sexual."(64)

Esta se refiere concretamente a la inseminación artificial en seres humanos. Sin embargo, en el fondo de la misma contiene el elemento principal de su contenido "... de un modo distinto al comercio sexual", entendiéndolo por cualquier medio que no sea contacto carnal.

Es decir, la introducción del esperma se logra sin necesidad de que el genital del macho penetre en la vagina de la hembra.

⁶⁴ PALMER, PAUL. La fecundación artificial en seres humanos. Studium, Madrid-Buenos Aires, 1950, pág. 07.

El término inseminación artificial consideramos es incorrecto, pues la inseminación es real y no artificial; por lo tanto, coincidimos con los médicos al designarla únicamente como inseminación y hasta el día en que las células masculinas puedan ser producidas en un laboratorio entonces si tendremos inseminación artificial.

En México, como ya vimos, no existe regulación alguna del tema en estudio, sin embargo existen países que se han ocupado de su legislación. Por ejemplo. El Código Sanitario de Nueva York, contiene un reglamento muy importante, por lo que consideramos necesario mencionar algunos puntos:(65)

Reglamento 1.- La persona a quien se le haya de colectar el fluido seminal con el propósito de inseminación artificial humana, tendrá un examen físico completo con atención particular a los órganos genitales en el momento de tomar dicho fluido seminal.

Reglamento 2.- Dicha persona tendrá un examen sexológico estándar de sífilis, y prueba de cultivo para detectar gono-

⁶⁵ La inseminación artificial, Estudio de derecho comparado realizado por los alumnos de la segunda generación de la Escuela de Derecho del Instituto Cuitlahuac, incorporado a la UNAM, supervisado por el Lic. Jaime Bergers. Págs. 09 y 10.

reas, no menos de una semana antes de que dicho fluido seminal sea obtenido.

Reglamento 3.- Ninguna persona que padezca cualquier enfermedad venérea, tuberculosis o infección será usado como donante del fluido seminal con el objeto de inseminación artificial humana.

Reglamento 4.- Ninguna persona que tenga defectos o enfermedades, reconocidas como transmisibles por los genes, será usada como donante del fluido seminal con el objeto de inseminación artificial humana.

Reglamento 5.- Antes de que la inseminación artificial humana se lleve a cabo, ambos, el donante propuesto y el receptor propuesto serán sometidos a un examen de sangre con respecto al factor "rh" en un laboratorio aprobado para sexología por la Junta o Comisión de Salubridad. Si el propuesto receptor presenta factor "rh" negativo, el semen no será usado para la inseminación artificial a no ser de un donante de fluido seminal cuya sangre sea también negativa a este factor.

Reglamento 6.- Donde la inseminación artificial sea

efectuada, el médico que realiza la misma mantendrá un registro que mostrará los siguientes datos:

- a).- El nombre del médico.
- b).- El nombre y domicilio del donante.
- c).- El nombre y domicilio del receptor.
- d).- Los resultados del examen físico y los resultados del examen sexológico, incluyendo las pruebas del factor "rh".
- e).- La fecha de la inseminación artificial.

FALTA DE LEGISLACION SOBRE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

Innumerables y graves problemas reporta ya en el mundo la practica de esta forma de procreación principalmente por su impresión y por las deficiencias legales de que es objeto, éstas han acarreado múltiples conflictos de índole jurídico en todos los países en donde se practica y el único que ha contemplado dicho fenómeno es Suecia que ya publicó un proyecto de Ley sobre esta materia.

En el sistema jurídico internacional, el problema es grave como se observa, pero lo es más en aquellos países, que como México, observan un signo de Derecho escrito muy estricto, a

diferencia de Inglaterra y Estados Unidos, en donde existe un sistema de "Casos" y decisiones jurisprudenciales es decir que sus autoridades judiciales resuelven conforme a la moral del momento.

En cambio en México, en el campo del Derecho Penal, no se puede resolver sin una ley exactamente aplicable al caso y expedida con anterioridad al hecho y sólo a través de la analogía en materia Civil, lo cual no es satisfactorio el pretender aplicar el principio de la técnica jurídica puesto que se carece de normas que pudieran ser aplicables a éste tipo de casos.

En el Derecho Civil la Inseminación Artificial tiene consecuencias directas e indirectas sobre diversas instituciones comprendidas por él, como son: el Matrimonio, el Divorcio, la Paternidad y la filiación.

La inseminación artificial pone en peligro la filiación, pues, si bien la maternidad resulta y se prueba del solo nacimiento, la paternidad se presume por ley que el hijo de un ser casado es hijo del esposo tal y como se desprende del artículo 324 del Código civil, mismo que me permito transcribir para su mayor comprensión:

"Art. 324.- Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II.- Los hijos nacidos dentro de trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial."

La enumeración de las fracciones anteriormente transcritas; nos permiten puntualizar la rigidez de nuestro sistema. Así como la falta de regulación de la práctica de Inseminación Artificial.

Es necesario tomar en cuenta las graves consecuencias que sufrirá también el Derecho Sucesorio con esta práctica ya que surgen muchas dudas respecto a la sucesión del esposo y los descendientes que su cónyuge haya concebido por heteroinseminación.

Ante los problemas acarreados por esta práctica consideramos necesario que los legisladores tomen en cuenta la

Inseminación Artificial y sus consecuencias.

CUANDO SE ACONSEJA LA INSEMINACION ARTIFICIAL

Se conocen dos formas de Inseminación Artificial en seres humanos que son Autoinseminación y la Heteroinseminación.

Los médicos aconsejan su empleo en los siguientes casos:

a) LA AUTOINSEMINACION

- Cuando haya anomalías físicas en el varón o en la mujer, como pueden ser en el hombre (La Hipospadía y la Fimosis) y en la mujer (Estenosis, Tabiques Vaginales o Inhospitalidad Cervical).

- Cuando se presentan anomalías psíquicas en el hombre (eyaculación prematura, impotencia), en la mujer (ninfomanía, frigidez, hiperexcitación).

- En los casos de Guerra o de separación corporal de los cónyuges.

b) HETEROINSEMINACION.

- Por esterilidad absoluta del varón, derivada de Azoospermia, Hiperspermia o Necropermia.

- Por ser indeseable la procreación mediante el marido cuando éste padece de taras susceptibles de transmitirse a sus descendientes.

- En el caso de mujeres que siendo solteras anhelan la maternidad.

Del mismo modo, en cuanto a las formas de llevarse a cabo la inseminación, esto no deberá depender del procedimiento médico para estas prácticas, sino que las mismas deberán realizarse en atención a la calidad o estado civil de la mujer que se somete a ella.

a).- Autoinseminación o inseminación homóloga, que es la que se practica dentro del matrimonio. Inseminación de la esposa con el semen de su esposo.

b).- Heteroinseminación o Inseminación heteróloga, se practica en mujer soltera, o en casada con semen que no es de

su esposo.

2.6 RESUMEN DE CONSIDERACIONES

Después de haber analizado las diferentes definiciones que otorga la doctrina y a manera personal considero que el matrimonio desde tiempos remotos ha sido considerado como uno de los acontecimientos más importantes en la vida social de las personas, es así como en la época romana el matrimonio era considerado severamente monogámico, distinguiéndose claramente dos formas para la unión duradera entre un hombre y una mujer, teniendo como objeto principal la procreación de los hijos.

Por otra parte, para lograr la convivencia sexual existía otra figura que al igual que el matrimonio tenía los mismos fines pero con diferentes consecuencias jurídicas, éste era el concubinato, mismo que para configurarse exigía que no existiera ninguna violación a la ley, es decir, que hubiera ausencia de cualquier impedimento que comprometiera la realización del concubinato.

En consecuencia, era necesario que la unión no fuera incestuosa y que no mediara la existencia de ningún vínculo

regularmente contraído, pues no debía existir un matrimonio anterior, válido durante la reunión del hombre y de la mujer.

En relación a esto y a lo anteriormente asentado es conveniente señalar que ambas figuras tenían como finalidad básica la procreación de los hijos, sin embargo estas producían diferentes consecuencias jurídicas en relación a los hijos, ya que mientras en el matrimonio estos estaban sujetos a la patria potestad de ambos progenitores, en el concubinato los hijos no eran sometidos a la autoridad paterna, sino únicamente a la madre y a la familia de ésta, es decir, solo contaban con parentesco materno.

En consecuencia y en virtud de que en nuestra legislación no se encuentra debidamente reglamentada la situación en la que se ven envueltos los productos de la inseminación artificial en relación a la figura que nos ocupa, a manera personal considero necesario seguir las normas que nos marca la filiación, aún más si tomamos en cuenta que la persona del donador será anónima.

CAPITULO 3

LA CONCEPCION JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD, DE ACUERDO A
NUESTRO REGIMEN DE DERECHO POSITIVO.

3.1 CONSIDERACIONES GENERICAS, ACERCA DEL ALCANCE DEL
CONCEPTO DE LA PATRIA POTESTAD.

Los conceptos jurídicos fundamentales del derecho en general son: 1.- Sujetos del derecho; 2.- Objetos jurídicos; 3.- Supuestos jurídicos; 4.- Consecuencias del derecho; 5.- Nexo jurídico y 6.- Relaciones jurídicas.

El concepto que nos ocupa pertenece a la primera clasificación enumerada.

El derecho de familia los sujetos que intervienen son fundamentalmente los parientes (por consanguinidad, afinidad o adopción), es decir, son personas físicas y excepcionalmente tenemos la intervención de algunos órganos estatales.

Dentro del parentesco se originan las relaciones específi-

cas que impone la patria potestad entre padres e hijos, o en su caso, entre abuelos y nietos.

Trataremos ahora el análisis de los diversos conceptos de la patria potestad:

La patria potestad se define como el conjunto de la facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria.(66)

Actualmente la patria potestad más que un poder es una función pues el transcurso de los años ha provocado su evolución hasta convertirla en una institución destinada a la defensa de la persona y bienes del menor.

La patria potestad es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a su hijos menores de edad no emancipados.(67)

La patria potestad toma su origen en la filiación, como ya

⁶⁶ DE PINA VERA, RAFAEL. Op. Cit. Pág. 373.

⁶⁷ GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Op. Cit. Pág. 670.

se indico, es una institución establecida con la finalidad de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente, ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos.

Esta figura comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes para ejercerlos sobre la persona y los bienes de los hijos menores, para cuidar de ellos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoría lo requiera.

Al respecto, cabe mencionar que la patria potestad tiene como fuente real el hecho natural de la paternidad y la maternidad, es decir, a los progenitores incumbe el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de la función de la patria potestad.

La patria potestad como institución deriva de la filiación y consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de los descendientes menores de edad.

Continuando con el mismo concepto, que persiste en la

mayoría de las legislaciones vigentes responde más que al espíritu de esta institución a la fuerza de la tradición con que se maneja.

"...Actualmente el nombre de patria potestad ha dejado de ser "patria" pues no es exclusiva del padre, sino compartida por igual con la madre, o veces exclusiva de ella o ejercida por los otros ascendientes, por pareja o por uno solo de los abuelos o abuelas. Tampoco es "potestad" que significa poder."(68)

En seguimiento de las posturas doctrinarias vertidas sobre el particular, tenemos aquella que plantea la siguiente posición: la patria potestad es un fenómeno jurídico proveniente de una ley natural innegable, y cuya discusión o aceptación no queda sujeta en manera alguna, a apreciaciones más o menos ciertas y justificables, sino que es un hecho de consecuencias definidas y de relaciones ineludibles. La patria potestad no es divisible ni declinable.(69)

⁶⁸ MONTERO DUHALT, SARA. *Op. Cit.* Pág. 340.

⁶⁹Org. del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz. Tomo VII. Número 6. Xalapa Veracruz. Agosto 1957. Pág. 508.

De todo lo anterior podemos concluir:

a).- La patria potestad debe ejercerse no solo en su aspecto de Derecho por los padres, sino muy especialmente en lo que respecta a las obligaciones de estos de asistencia y representación de los menores de edad.

b).- La patria potestad se extiende a los bienes de los hijos.

3.2 LA PATRIA POTESTAD Y SU EJERCICIO.

La patria potestad no pertenece más que al padre y a la madre. No rebasa el círculo de la familia en sentido restringido.

Los abuelos no poseen la patria potestad. Sin embargo, la ley concede la facultad de ejercerla ya que en el artículo 411 del Código Civil, que dispone: " Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición deben honrar a sus padres y demás ascendientes".

De lo anterior deducimos que los abuelos tienen el derecho de recibir a sus nietos.

Para determinar a cuál de los padres se atribuye la patria potestad, debemos recurrir a la ley, ya que en el Código Civil vigente para el Distrito Federal nos indica el orden de las personas que ejercen la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, que a la letra dice:

"Art. 414.- La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

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

Cabe mencionar que como lo indica la primera fracción enunciada, los padres ejercen la patria potestad de manera conjunta y a la muerte de alguno de ellos la ejercerá el que quede al igual que si la muerte ocurre en cualquiera de los otros parientes el que sobreviva la ejercerá.

Cuando los hijos son habidos fuera del matrimonio se observará el siguiente orden:

"Si ambos progenitores han reconocido y viven juntos ejercerán conjuntamente la patria potestad (Artículo 415 C.C.).

Si solo uno ha reconocido o por cualquier circunstancia deja de ejercerla alguno de los dos padres que ha reconocido, la ejercerá el otro. Si los hijos nacidos fuera del matrimonio no han sido reconocidos por ninguno de los progenitores y si no ha habido sentencia que establezca la filiación, los hijos se considerarán de padres desconocidos y se les proveerá de tutor dativo."(70)

En éste caso, cuando faltasen los dos progenitores, el juez decidirá cual ascendiente ejercerá la patria potestad tomando en cuenta las circunstancias específicas.

En cuanto al hijo adoptivo, la patria potestad sobre él la ejercerán únicamente las personas que lo adopten, de acuerdo con lo que establece el artículo 419 de Código Civil.

En resumen, las relaciones jurídicas entre padres e hijos son muy numerosas. Existe entre ellos una obligación alimentaria recíproca y "cuando el hijo no recibe plena protección dentro de la familia por el funcionamiento de la patria potestad, la protección de que debe ser objeto la organiza el Estado fuera de la familia, como podemos notar en los estatutos que rigen la suerte de la numerosa infancia desventurada y

⁷⁰ MONTERO DUHALT, SARA. Op. Cit. Pág. 345.

desamparada."(71)

3.3 EFECTOS MATERIALES Y JURIDICOS EN SU EJERCICIO.

"La patria potestad se ejerce sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores de edad no emancipados (Art. 424, 427) que deben honrar y respetar a sus padres y ascendientes, mientras estén en la patria potestad no podrán dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o por decreto de la autoridad competente."(72)

Quienes ejercen la patria potestad tiene deberes y facultades en relación con las personas y los bienes de los que están en tal situación.

La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etc.

⁷¹ DE IBARROLA, ANTONIO. Op. Cit. Pág.447.

⁷² MUÑOZ LUIS, CASTRO ZAVALA SALVADOR. Op. Cit. Pág. 357.

"Las personas que ejercen la patria potestad, además de deberes de guarda y dirección, tienen el de representación y son los administradores legales de los bienes de quienes están en esta situación. Compete a cualquiera de los cónyuges, asesorado con su consorte, lo que pone de manifiesto, una vez más, que la mujer esta considerada por el legislador en un plano de igualdad y que la patria potestad se ejerce en cooperación por las personas de ambos sexos."(73)

De manera genérica manifiesta nuestra legislación que las consecuencias jurídicas de la patria potestad se traducen en dos: respecto a la persona y respecto de los bienes.

3.3.1 EN RELACION A LA PERSONA DEL MENOR.

En cuanto a esta consecuencia, la doctrina y legislación siguen la misma postura, es decir, corresponde a quienes ejercen la patria potestad de los menores:

I.- Representación legal.

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

⁷³ MUÑOZ LUIS, CASTRO ZAVALETA SALVADOR. Op. cit. Pág. 361.

Como los menores de edad no han adquirido la capacidad de ejercicio, actuaran en su nombre los que ejercen la patria potestad y en cuanto a la última parte del artículo se refiere a cuando se niegue el consentimiento para que el menor de edad contraiga matrimonio.

II.- Designación de domicilio.

Los padres o abuelos en su caso, tienen el derecho de custodiar al menor, de vivir con él y recíprocamente el menor tiene el deber de no abandonar la casa donde vive. Así mismo, quienes ejercen la patria potestad pueden encargar la custodia del menor a terceras personas (Art. 421 de Código Civil vigente en el D.F.).

III.- Educación.

El deber de educar es parte de los alimentos y se determina en nuestra ley que la educación mínima debe ser la primaria y la preparación para que el menor pueda tener un medio de trabajo para bastarse a sí mismo. La elección de la religión es una prerrogativa que no puede ser separada de la educación.

"Para el cumplimiento del deber de educación, la ley prevé los medios de obligar a quien no cumpla con esta obligación, permitiendo que se denuncien estas omisiones a los consejos

locales de tutela para que estos a su vez lo comuniquen al Ministerio Público, que deberá promover lo que corresponda."(74)

IV.- Corrección y ejemplaridad.

Artículo 423 del Código Civil."Para los efectos del artículo anterior 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 les presten el apoyo suficiente".

Al respecto, la orientación moderna trata de impedir los posibles abusos del poder paterno, sin detrimento del respeto filial.

No hay que confundir el derecho de infringir a los hijos ligeros castigos corporales con el derecho calificado de "derecho de corrección". La costumbre admite que los padres tienen el derecho de castigar a los hijos para obligarlos a

⁷⁴ MONTERO DUHALT, SARA. Op. Cit. Pág. 349.

apegarse a su autoridad, pero con la condición de que se trate de castigos sin gravedad, aplicados en interés mismo del hijo y de la familia. Todo abuso a este respecto habrá de ser castigado por la ley penal y con la privación de la patria potestad.

El derecho de corrección en tiempos pasados incluía el de hacer encarcelar al hijo. Este precepto ha desaparecido restando únicamente a los padres el derecho de acudir al juez de lo familiar y a los consejeros y funcionarios de nuestro consejo tutelar para menores, para solicitar de ellos auxilio y asistencia educativa.

3.3.2 EN RELACION A LOS BIENES.

Los efectos son dobles: Administración de los bienes del menor y usufructo legal.

Artículo 425 del Código Civil " 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 le pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código."

1.- Administración de los bienes del menor.

Tanto en este aspecto como en el usufructo legal se debe

distinguir los bienes que el menor adquiere por su trabajo de los obtenidos por cualquier otro concepto. Los adquiridos por su trabajo le pertenecen en propiedad, administración y usufructo; en consecuencia, quien ejerce la patria potestad no tendrá ninguna incidencia.

"Los bienes obtenidos por cualquier otro concepto (herencia, legado, donación o azares de la fortuna) pertenecen en propiedad al menor, pero su administración corresponde a los que ejercen la patria potestad. Cuando la misma es compartida por la pareja de padres, abuelos o adoptantes, será administrador uno de los dos, decidido de común acuerdo por ambos; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de su administración."(75)

Aunque si bien es cierto que el que ejerce la patria potestad es el representante legal del menor y su administrador, representará a su hijo en juicio, pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, sino es con el consentimiento de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

⁷⁵ MONTERO DUHALT, SARA. Op. Cit. Pág. 350.

Los que ejercen la patria potestad como administradores de los bienes, no tienen facultades para actos de dominio y por lo mismo no pueden enajenar ni gravar de ninguna manera los bienes inmuebles y los muebles preciosos que corresponden al hijo, con excepción de que se trate de absoluta necesidad o de evidente beneficio. Estos actos deberán ser previa autorización judicial y el juez tomará las medidas necesarias para que el producto de la venta se dedique al objeto que se destinó y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga una segunda hipoteca en favor del menor.

El derecho de administrar los bienes del sujeto a la patria potestad se encuentra limitado por la ley adjetiva en su artículo 436 . Dichas limitaciones se pueden resumir, a nuestro criterio en cinco restricciones.

a.- El que ejerce la patria potestad no podrá celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años ni recibir la renta anticipada por más de dos años.

b.- No podrá vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se coticie en la plaza ese día.

c.- No podrá hacer donación de los bienes de los hijos, ni perdonar deudas en favor de los hijos menores.

d.- No pueden dar fianza en representación de los hijos.

e.- Renunciar a herencias en representación de los hijos.

Todas estas prohibiciones se encuentran reguladas por el artículo 436 del Código Civil vigente; así mismo, la ley faculta a cualquier persona interesada, o al propio menor si este ya tiene catorce años (con intervención del ministerio público), a recurrir al juez competente para impedir un mal manejo o derroche de los bienes.

Por otra parte, las personas que ejercen la administración al terminar la patria potestad, y a petición de parte, deberán rendir cuentas de su función y entregarán todos los bienes con sus frutos ya sea porque el menor haya alcanzado la mayoría de edad o porque se emancipe.

b) Usufructo legal.

"La patria potestad confiere a los ascendientes que la ejercen, la mitad del usufructo de los bienes que el menor adquiriera por cualquier otro medio distinto de su trabajo

(bienes adventicios); es decir, pertenece a los ascendientes la mitad de los frutos o productos de las cosas que adquiriera el menor, excepto los productos del trabajo o industria de éste."(76)

Sin embargo, la legislación establece que el derecho al 50% del usufructo puede ser renunciado por los padres, pero deberá hacerse constar por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda. La renuncia del usufructo que se hace en favor del hijo se considera donación.

Galindo Garfias considera que el derecho de los ascendientes a percibir la mitad del usufructo de los bienes del menor es una compensación que se concede a los primeros por la administración del patrimonio del hijo.

El usufructo del 50 % de los bienes del sujeto a la patria potestad lleva consigo las mismas obligaciones que tienen los usufructuarios por cualquier otro título como son: hacer inventario y avalúo de los bienes antes de entrar en el disfrute de los mismos; no alterar su forma ni sustancia; usarlos para el objeto a que están destinados; devolverlos cuando se extingue el derecho, etc., exceptuándose de las

⁷⁶ GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Op. Cit. Pág 686.

mismas la obligación de dar fianza ya que se considera que quien ejerce la patria potestad lo hace por afecto y no por interés.

Sin embargo, debería otorgarse fianza cuando el que ejerce la patria potestad ha sido declarado en quiebra o este concursado, cuando contraiga nuevas nupcias y cuando su administración sea notoriamente ruinososa para los hijos.

El usufructo legal del padre no discrepa de ningún otro usufructo sino que vincula los frutos de los bienes que se retienen a los gastos de manutención, educación e instrucción del hijo.

3.4 LA PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD.

"La patria potestad es un fenómeno jurídico proveniente de una ley natural innegable, y cuya discusión o aceptación no queda sujeta, en manera alguna, a apreciaciones más o menos ciertas o justificables, sino que es un hecho de consecuencias definidas y de relaciones ineludibles. La patria potestad no es divisible ni declinable.

El ejercicio jurídico, es decir: humano, de la patria

potestad es una obligación perenne e imprescindible."(77)

La patria potestad como figura jurídica que se ejerce generalmente por los ascendientes en favor de los menores desaparece de diversas maneras, es decir, dependiendo de las causas o circunstancias del caso la patria potestad se extingue, se suspende o se pierde. Nosotros, antes de establecer una distinción, analizaremos los términos literarios que nuestra ley objetiva maneja:

3.4.1 DISTINCION SUBSTANCIAL ENTRE EXTINCION Y SUSPENSION, CON LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad como institución de interés público y social no puede renunciarse, pero quienes la ejercen pueden excusarse de tal llamamiento cuando han cumplido la edad de sesenta años; o cuando por su mal estado habitual de salud, no pueden atender debidamente esa función.

La patria potestad puede suspenderse temporalmente o puede acabarse en forma definitiva por razones naturales o por sentencia que declara la pérdida de la patria potestad; en este

⁷⁷ Org. del H. Tribunal Superior de Justicia del estado de Veracruz. Tomo VII. Num. 6. Pág. 508. Agosto 1957, Zaragoza no. 12 Xalapa, Veracruz.

último caso se extingue totalmente para el que la ejerce, pero si existen otras personas de las mencionadas por la ley (padres o abuelos), que puedan ejercerla, entonces el menor seguirá sujeto a esta institución, pero a cargo de otra persona. (78)

La patria potestad se acaba cuando, sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir; se pierde cuando por motivos en que aparece la culpabilidad del titular en el cumplimiento de sus deberes, dispone la ley de su privación, y se suspende cuando por razón de alguna incapacidad no la puede seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido este sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión.

Ahora bien, perder en su definición significa verse privado de algo que se poseía, carencia de algo y enfocado al tema en estudio nuestra ley adjetiva en su artículo 444 enumera las causas por las que la patria potestad se pierde.

Es decir, el Código Civil vigente esta orientado a la protección del menor, todas sus disposiciones son tutelares de quienes no pueden defenderse por sí mismos y su espíritu es el de rodear de las mayores defensas a quien no se ha pedido su

⁷⁸ MONTERO DUHALT, SARA. Op.Cit. Pág 352.

consentimiento para nacer. Y aunque el Código no le ha quitado a la patria potestad el carácter de derecho tampoco se le reconoce, por el contrario, todo el articulado es una serie de reglamentaciones y de obligaciones hacia los padres que hacen ver el deseo del legislador de quitar definitivamente el concepto de propiedad sobre los hijos.

Cuando no se ha cumplido con la obligación, la propia ley civil decreta la pérdida de la figura jurídica y deja al menor en posibilidad de ser atendido por quienes si puedan y quieran cumplir con las obligaciones correspondientes.

El artículo 444 del Código Civil dice "La patria potestad se pierde:

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

II.- En el caso 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 cayeran 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."

La enumeración de las causas por las que se pierde la patria potestad anteriormente transcritas parece, a mi criterio, innecesaria. Sería suficiente con mencionar que la patria potestad se pierde a juicio del Juez, cuando la conducta de los que la ejercen constituye una amenaza para la salud, seguridad o moralidad de los menores y de esta manera se comprenderían todas las conductas.

Antes de la reforma de Diciembre de 1983, se perdía también la patria potestad por causa de divorcio. La derogación de la fracción III del artículo 444 que señalaba esa forma de perder la patria potestad se debe a que el divorcio debe tener consecuencias con respecto a la persona de los cónyuges y aunque indirectamente repercute en los hijos, la ley no debe involucrarlos.

3.5 ESTUDIO COMPARATIVO.

Para los efectos de éste apartado, realizaremos un análisis a la manera en la que se contempla la patria potestad en tres difeentes legislaciones, mismas que son: la del Estado de México, El Estado de Veracruz y la del Estado de Puebla.

3.5.1 LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO

El Código Civil del Estado de México es la legislación más parecida a la del Distrito Federal. Dedicó el Título Octavo a la reglamentación de la figura en estudio en tres capítulos que a nuestro juicio no consideramos necesario transcribir y únicamente analizaremos las diferencias que estas leyes tienen.

Al respecto, en el artículo 401 del Código Civil del Estado de México se establece que:

"La patria potestad sobre el hijo adoptivo, lo (sic) ejercerán únicamente las personas que lo adopten.

En la adopción plena, la patria potestad se ejercerá en los términos señalados en este Código para los hijos consanguíneos."

En tanto que en el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 419 contiene que: "La patria potestad sobre el

hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten."

La distinción de ambos artículos radica en el segundo párrafo del artículo 401 del Código Civil para el estado de México adicionado por decreto núm. 242 de 11-IX-1987 y se crea con el objeto de proteger debidamente al menor, toda vez que la adopción plena consiste en la aprobación de la misma mediante resolución judicial así como la orden al oficial del registro civil para que cancele en su caso el acta de nacimiento del adoptado y levante acta de nacimiento en la que figuren como padres los adoptantes y como hijo el adoptado, sin hacer mención de la adopción. Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción plena así como el parentesco se extienden a los ascendientes, descendientes y colaterales de los adoptantes.

Otra diferencia entre las dos legislaciones en cuanto a la Patria Potestad es la forma de perder esta al establecer que:

Estado de México: Art. 426.-. "La patria potestad se pierde..."

"IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, porque los dejen abandonados por más de seis meses o porque acepten ante autoridad judicial entregarlos a una

institución de beneficencia legalmente autorizada para que sean dados en adopción y esta los acepte de acuerdo al procedimiento que establezca el Código de Procedimientos Civiles".

Distrito Federal: Art. 444.- "La patria potestad se pierde..."

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

3.5.2 LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ

El Código Civil del Estado de Veracruz se situó en la línea de la mayoría de las legislaciones que admiten que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos y su ejercicio queda 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 respectivas.

Por otra parte, a diferencia de Código Civil del Distrito Federal, El Código de Veracruz menciona indistintamente a los abuelos cuando se refiere al orden que los ascendientes ejercerán la patria potestad y establece:

Artículo 343 "La patria potestad sobre los hijos de

matrimonio se ejercen:

- I.- Por los padres;
- II.- Por los Abuelos, y
- III.- (Derogada)."

Al igual que en la ley adjetiva del Distrito Federal, la patria potestad sobre los hijos que han nacido fuera del matrimonio y cuyos padres viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad pero si viven separados se atribuirá al padre o a la madre según haya sido el reconocimiento y resolución del juez de primera instancia del lugar.

3.5.3 LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA.

Como ya es sabido, la mayoría de las legislaciones de los estados que conforman la República Mexicana han tomado de inspiración el Código Civil para el Distrito Federal, en lo que se refiere a las situaciones jurídicas civiles. Sin embargo, la legislación civil del Estado de Puebla al reglamentar la figura jurídica de la patria potestad nos proporciona un concepto más amplio de lo que se entiende por esta al decir en su artículo 597 que:

Artículo 597. "Patria potestad es el conjunto de derechos

y deberes que recíprocamente tienen, por una parte el padre y la madre, y por otra los hijos menores no emancipados, y cuyo objeto es la guarda de la persona y bienes de estos menores, así como su educación."

Asimismo, dicha legislación establece que las personas que ejercen la patria potestad sobre los menores son en primer lugar los padres y al morir estos los abuelos paternos y maternos. Por otra parte, dispone que las personas sujetas a la patria potestad deberán vivir con el ascendiente que la ejerza y no podrá abandonar el domicilio familiar sin el permiso de éste.

Las personas que tienen al menor bajo su patria potestad deberán educarlo convenientemente y tienen la facultad de corregirlo de manera prudente y moderada.

Por otra parte, el artículo 602 del Código del Estado de Puebla establece las condiciones que deben tomarse en cuenta para el caso de que el hijo sea adoptivo, mismo que a la letra dice:

"Art. 602.- Si el hijo es adoptivo se aplicarán, en su caso, las siguientes disposiciones:

I.- Cuando la adopción se hizo por un matrimonio ambos cónyuges conjuntamente ejercerán la patria potestad.

II.- Si el hijo solo fue adoptado por una persona, a esta corresponde ejercer la patria potestad."

En lo que respecta a los efectos de la patria potestad sobre los bienes de los hijos también se diferencia de la legislación del Distrito Federal, al establecer en el artículo 619 las prohibiciones a que están sujetos quienes ejercen la Patria Potestad, señalando que:

"Art. 619.- Quienes ejercen la patria potestad no podrán:

I.- Arrendar bienes del menor por más de tres años;

II.- Recibir rentas de arrendamiento que celebren por más de dos años;

III.- Vender títulos de rentas, valores comerciales, industriales, acciones. por menor valor del que se coticen en plaza el día de la venta;

IV.- Donar bienes del menor;

V.- Remitir voluntariamente derechos del menor;

VI.- Dar fianza en representación del menor."

En lo que se refiere a los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, también encontramos diferencias con el

Código Civil para el Distrito Federal, ya que en el Código Civil para el Estado de Puebla en su artículo 627 Fracción II, se establece la emancipación del menor, pero en esta fracción no especifica que se derive del matrimonio.

Por otra parte este mismo Código en el artículo 628 establece la pérdida de los Derechos que tiene la persona que ejerce la Patria Potestad al señalar que:

"Art. 628.- Los derechos que la patria potestad confiere a quien o quienes la ejercen, se pierden:

I.- Cuando el que la ejerza cometa algún delito grave o intencional contra el menor;

II.- Cuando el titular de ella sea condenado por delito intencional, a una pena de prisión incommutable;

III.- Cuando por costumbres depravadas de quienes la ejerzan, malos tratamientos o abandonos de sus deberes frente a sus hijos o nietos, en su caso se pueda comprometer la salud, la seguridad o la moralidad del menor, aunque estos hechos no sean penalmente punibles;

IV.- Cuando el padre, madre, abuelo, o abuela, en su caso:

- a) Expongan a su hijo o nieto;
- b) Abandonen a su hijo o nieto por más de tres meses, si este quedo a cargo de alguna persona;
- c) Abandonen por más de un día a su hijo o nieto si el menor no hubiere quedado al cuidado de alguna persona y el abandono sea intencional.

V.- En los casos de divorcio, cuando la ley lo establece.

Al respecto cabe mencionar que la ley en estudio es más específica y contempla con detenimiento las diversas circunstancias que regula en relación con la pérdida de la patria potestad y a mi juicio protege de manera más eficiente a los menores que se encuentran bajo ésta. Así mismo, debe tenerse en cuenta que la pérdida de los derechos derivados de la patria potestad no extingue los deberes que la figura impone.

La madre o la abuela que pase a segundas nupcias no pierde por este hecho la patria potestad, pero el segundo marido no la ejercerá sobre los hijos o nietos del matrimonio anterior.

La ley objeto de este apartado también reglamenta la forma en que deberá resolverse la situación cuando la guarda de un

menor debe correr a cargo de uno de los padres. Estas disposiciones están contenidas dentro del artículo 635 que a la letra dice:

Artículo 635.- "Cuando conforme a este Código deba hacerse carga provisional o definitivamente de la guarda de un menor solamente uno de sus padres, se aplicarán las siguientes disposiciones:

I.- El padre y la madre convendrán quien de ellos se hará cargo de la guarda del menor y con éste habitará el hijo.

II.- Si los padres no llegaran a ningún acuerdo:

a) Los menores de siete años quedarán al cuidado de la madre.

b) El juez decidirá quien deba hacerse cargo de la guarda de los mayores de siete años pero menores de catorce.

c) Los mayores de catorce años elegirán cual de ambos padres debe hacerse cargo de ellos y si estos no eligen, el juez decidirá quien deba hacerse cargo de ellos.

III.- En caso de divorcio necesario se estará a lo que disponga la sentencia que lo decrete."

Lo que dicho artículo establece en la fracción I no impide

al juez encomendar la guarda de los menores a los abuelos, cuando ello sea conveniente para los menores mismos.

Al analizar de manera general el apartado que el Código Civil para el Estado de Puebla concede a la patria potestad podemos concluir que la responsabilidad directa para decretar la pérdida o suspensión de la patria potestad corresponde al juzgador.

3.6 LA PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD, FRENTE A LA IRRENUNCIABILIDAD DE LA MISMA.

Para iniciar el presente apartado es preciso determinar que la patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un deber fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; es decir, la patria potestad se funda en las relaciones naturales paterno-filiales, independientemente de que estas nazcan dentro o fuera del matrimonio.

"Debe considerarse a la minoridad como un estado jurídico de gran importancia en el Derecho, pues las relaciones que crean son de gran trascendencia humana y verdaderamente graves en la

vida social."(79)

El estado de las personas y más aún el de la minoridad, no puede ser objeto de transacción o convenio. El ejercicio jurídico, es decir, humano de la patria potestad es una obligación perenne imprescindible.

La patria potestad como institución de interés público y social no puede renunciarse , es decir, como se ha mencionado anteriormente, una de las principales características que posee dicha figura es la irrenunciabilidad, misma que se establece en el Artículo 448 del Código Civil vigente para el Distrito Federal al determinar que:"La patria potestad no es renunciable". De acuerdo con el texto del Artículo 6º del mismo Código el cual expresa que: "solo pueden renunciarse a los derechos privados que no afecten directamente al interés público". Por ello, y en virtud de que la patria potestad tiene un significativo interés público, de que textualmente se le considere irrenunciable, pues implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto las cuales son traer hijos al mundo.

⁷⁹ Org. del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave. Tomo VII. Núm. 6. Agosto de 1957, Zaragoza No. 12. Xalapa, Veracruz. pág. 503.

Para ello y para mayor abundamiento debemos indicar lo que se entiende por renunciabilidad, señalando que el Maestro Rafael de Pina Vara en su obra Diccionario de Derecho expresa que por renuncia se entiende: "Manifestación de la voluntad de un sujeto mediante el cual se desprende de un bien, derecho o cargo."(80)

Por otra parte, el Diccionario Enciclopédico Universal señala que: "Renuncia es el acto consciente, libre y legal, por el cual una persona se desprende de un derecho reconocido a su favor.- Dejación voluntaria de una cosa que se posee, o del derecho de ella."(81)

En relación a lo anterior podemos decir que la persona o personas que ejercen la patria potestad sobre el menor, no poseen el derecho a manifestar su voluntad para desprenderse de la obligación que tienen para con el menor salvo en circunstancias que marca la Ley para su excusa.

Hemos dicho que la patria potestad no puede renunciarse, es decir, es irrenunciable, sin embargo, dicha figura puede ser

⁸⁰DE PINA VARA, RAFAEL. Diccionario de Derecho. Vigésima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994. Pág. 440.

⁸¹Diccionario Enciclopédico Universal.

excusable para la persona o personas que la ejercen o pueden ejercerla.

"Los derechos familiares extrapatrimoniales se caracterizan como irrenunciables, pero puede haber excusa para desempeñar la patria potestad, la tutela o la curatela."(82)

La ley permite que en ciertas circunstancias, aquellos a quienes corresponde ejercer la patria potestad, pueden excusarse de cumplirla, marcando para ello dos particulares causas, las cuales son: 1) Cuando se tenga sesenta años cumplidos y 2) Cuando por el mal estado de salud no se pueda atender debidamente su desempeño.

Dichas circunstancias se encuentran debidamente reglamentadas en el Código Civil vigente para el Distrito Federal en su artículo 448 que a la letra dice:

"ART. 448.- La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;

II. Cuando por su mal estado de salud habitual no puedan atender debidamente su desempeño".

⁸²ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano. Pág. 83.

Tal disposición es contemplada en el Código Civil para el Distrito Federal publicado el 26 de Marzo de 1928 y puesto en vigor a partir del 1º de Octubre de 1932, puesto que no existía ni el Código Civil de 1884, ni aún en la Ley de Relaciones Familiares.

Considerando que dicho ordenamiento resulta ser justo si se toma en cuenta que el ejercicio de la patria potestad implica el cumplimiento de una serie de deberes y obligaciones que pueden resultar en ocasiones imposibles de cumplir por las personas agotadas por la edad o por la mala salud con la que cuentan.

Sin embargo la persona o personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad sobre le menor, para excusarse, deben concurrir ante el Juez de lo Familiar para que éste con conocimiento de causa determine que persona, en el caso de que exista de los que la Ley señala como obligados como son los padres o los abuelos, deben entrar en el cargo, para que suceda a la persona que pretende excusarse y se proceda al nombramiento de tutor legítimo o dativo.

Al respecto se señala "cuando quien la ejerce o deba ejercerla se encuentra en estas condiciones, pueden excusarse

de cumplir ante el Juez de lo Familiar quien determinará quien debe entrar en el cargo si existe alguna de las personas que señala la ley como obligadas al respecto (Padres o abuelos); o si esto no es posible, se le nombrará tutor legítimo o dativo."(83)

En relación a lo anterior debemos aclarar que la excusa es una facultad que otorga la ley, más no un deber, es decir, que los padres o abuelos, aunque rebasen la edad de sesenta años o su salud sea habitualmente precaria puedan continuar ejerciendo la patria potestad si su desempeño es benéfico para el descendiente.

En resumen, la patria potestad como figura jurídica es irrenunciable, porque encuentra sus principios en dos ideas fundamentales: la primera es que no constituye un puro y propio derecho subjetivo o poder jurídico que se atribuye al titular para la consecución o logro de su interés, sino que por el contrario, constituye una función jurídica o potestad que se atribuye a una persona para que realice a través de ellos los intereses de otra persona.

El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la patria

⁸³MONTERO DUHALT, SARA. Op. Cit. Pág. 344.

potestad se encuentra en el hecho de que al renunciarse a esa potestad, indudablemente se haría en contra del orden público, entendido como el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas.

CAPITULO 4

LA PATRIA POTESTAD Y SU PERDIDA POR ABANDONO MATERIAL.

4.1 EL ARTICULO 444, FRACCIÓN III DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL:

4.1.1 SU RAZON DE SER.

Para iniciar este capitulo es preciso establecer que el proceso de formación de leyes o decretos principia por la facultad de iniciar la ley, misma que es exclusiva del Presidente de la República, los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión y las Legislaturas de los distintos Estados, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que consiste en presentar ante el Congreso de la Unión un proyecto de decreto o ley.

Ahora bien, el Código Civil vigente sigue la orientación de protección al menor. Todas sus disposiciones son tutelares de quienes no pueden defenderse por sí mismos, y su espíritu no es otro sino el de rodear de las mayores defensas a quien no se le ha pedido su consentimiento para nacer, de tal manera que

cuando no se ha cumplido con la obligación o se ha abandonado al menor, la propia ley decreta la pérdida de la figura jurídica y deja al menor en posibilidad de ser atendido por quienes si puedan y quieran cumplir con las obligaciones correspondientes.

El artículo 444 fracción III del Código Civil dice: " La Patria Potestad se pierde:"

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

A través de la simple lectura de este artículo se puede concluir que solo se requiere probar las situaciones que se mencionan, para que se pueda dictar sentencia declarativa de pérdida de la Patria Potestad.

Para mayor comprensión del tema que nos interesa realizaremos un desglose al abandono de sus deberes para su análisis.

La palabra "abandono" significa dejación o desamparo, ya

sea de personas, de cosas cuando se deja, entrega, presta o lo que sea, a un hijo con extraños, si no se cumple la obligación alimentaria, sencillamente se está abandonando al hijo.(84)

La pérdida de la Patria Potestad es tan grave, que cuando se dicta debe considerarse en forma prioritaria el interés de los hijos; al respecto que hay una gran contradicción, es decir, cuando a alguno de los padres se le condena a tal pérdida, a la larga quienes sufren más esta condena son los hijos a quienes se les está quitando un padre sin que ellos tengan ninguna culpa.

Nuestros legisladores, siguiendo los modelos extranjeros y especialmente el Código Civil francés, señala en el derecho familiar contenido en el Código Civil vigente los casos en que la Patria Potestad se pierde tratando de sancionar a los padres, pero en ningún momento reflexionaron como ya lo indicamos acerca de los hijos quienes siempre serán hijos de sus padres.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dicho en relación a los casos de la pérdida de la Patria Potestad que esta no se pierde cuando la causa no sea suficiente.

⁸⁴MONTERO DUHALT, SARA. Op. Cit. pág. 512.

4.2 SU INTERPRETACION LITERAL.

Para mayor entendimiento realizaremos en primer lugar una transcripción literal a lo que el Código Civil vigente para el Distrito Federal señala respecto a la pérdida de la Patria Potestad misma que efectuaremos de los siguiente forma:

"ART. 444.- La Patria Potestad se pierde:"

"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 estos hechos no cayesen bajo la acción de la ley penal."

De lo anteriormente escrito, se puede fácilmente apreciar que la fracción en estudio comprende tres supuestos jurídicos, mismos que detallaremos para una mejor comprensión.

En primer término las costumbres depravadas de los padres como causa de pérdida de la Patria Potestad; entendiéndose estas como la conducta o la actividad que se realice por quien ejerce la Patria Potestad y que pueda traer como consecuencia un cambio o desviación moral en la psiquis de los menores sujetos a ella ocasionado necesariamente, en su mente,

conceptos excesivamente viciados y contrarios a las costumbres normales de todo núcleo familiar.

En relación a lo anterior y de acuerdo con el maestro Rafael Rojina Villegas, se entenderá por costumbres depravadas, todas aquellas tendientes a inducir a un menor a modos deshonestos de vida, o bien alterar sus modos de conducta de modo que produzca su perversión, relajamiento de su voluntad o induciendolo a la adquisición de algún vicio en su forma de vida.

En base a las determinaciones que preceden y a manera personal considero que la pérdida de la Patria Potestad por quien realiza las conductas depravadas es justa en virtud de que si el menor sigue bajo la potestad del sujeto activo, se estará imposibilitando el buen desarrollo físico y mental del menor comprometiendose su seguridad y su bienestar, más aún si tomamos en cuenta que no hay un deber más sagrado que el que tienen los padres de dar una educación correcta a los hijos.

Es decir, es responsabilidad de los padres observar conductas positivas encaminadas a la buena educación de los menores.

Del mismo modo, la fracción en estudio señala que la Patria Potestad se perderá por los malos tratos que proporcione la persona que la ejerce, a los menores sujetos a ella.

Anteriormente la ley otorgaba a quien ejercía la Patria Potestad, la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente. Sin embargo, por reforma de Diciembre de 1974 se suprimió la facultad de castigar, pues en muchos de los casos los padres, abusando de esta facultad, caían en el maltrato produciendo lesiones corporales a los menores. En atención a ello, únicamente se les otorga el poder de criar y educar a sus hijos, traduciéndose este derecho en el poder de vigilancia y control de los actos o conductas de los hijos menores sujetos a la Patria Potestad.

Por otro lado quien ejerce la Patria Potestad podrá solicitar el auxilio de las autoridades correspondientes para que en caso necesario, éstas le presten el apoyo suficiente haciendo uso de amonestaciones y correctivos necesarios con el fin de mejorar la conducta del menor.

"Nunca hay que confundir el derecho de infringir a los niños ligeros castigos corporales con el derechos calificado

de corrección."(85)

En la actualidad, la costumbre admite que los padres tienen el derecho de castigar a los hijos, con el fin de que estos se apeguen a su autoridad, pero deberán ser castigados sin gravedad, que no quebranten el interés del niño ni de la familia y la ley establece que el abuso a este respecto habría de ser sancionado por la pérdida de la Patria Potestad. Al respecto considero que se debe tener mucho cuidado al evaluar los malos tratos o el castigo excesivo del menor por parte del juzgador para no poner en peligro la seguridad de los menores ni dejar que los ascendientes se excedan en la prerrogativas que el derecho de corrección otorga.

Por otra parte, la obligación de educar convenientemente al hijo sujeto a la Patria Potestad requiere de la facultad de corregirlo. Así mismo, el derecho de vigilancia de la conducta del menor, se vincula a la vez con el deber de educarlo y con la obligación del hijo de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad están sometidos.

Aunado a lo anterior, la misma fracción contempla como última circunstancia para la pérdida de la Patria Potestad el

⁸⁵IBARROLA ZAMORA, ANTONIO. Op. Cit. Pág. 451.

abandono de sus deberes. Estimando que el abandono de sus deberes es la acción y efecto de abandonar o abandonarse y que por abandonar se entiende "dejar, desamparar a una persona o cosa". Es decir, como se ha apuntado anteriormente, es la abdicación total de los deberes de crianza, alimentación y educación que impone la ley a quien ejerce la Patria Potestad.

Del mismo modo señalamos que por "deberes" se entiende: "todo aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas".

Por lo tanto al mencionar que la Patria Potestad se pierde por el abandono de los deberes materiales a que está obligado a dar la persona que la ejerce y que son inherentes por el solo hecho de haber traído hijos al mundo. Se está hablando de la pérdida de los derechos que se tiene sobre quien esta sujeto a la Patria Potestad, pero no de las obligaciones que el sujeto activo tiene.

"El deber de los padres de ministrar alimentos a sus hijos deriva de la procreación, pues no existe mayor responsabilidad para cualquier sujeto que dar la existencia a nuevos seres."

(86)

De lo anterior se desprende que es obligación de los padres el dar alimentos a sus hijos sometidos a su Patria Potestad, entendiéndose que por alimentos no únicamente se comprende comida, sino también el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad, así como los gastos necesarios para proporcionar algún oficio, arte o profesión honesto y adecuado al sexo y circunstancia personal.

En consecuencia considero que es muy cierta y válida la fracción en estudio al determinar las circunstancias por las cuales se puede perder la Patria Potestad, ya que en cualquiera de las tres se está comprometiendo la salud, la seguridad o la moralidad de los menores sujetos a ella, estándose en contra de los principios fundamentales derivados de la institución denominada Patria Potestad, las cuales como ya dijimos tienen como base la filiación.

4.2.1 ALCANCES.

Con base en lo asentado en este apartado, podemos manifestar que esta fracción tercera fue hecha por los legisladores con la finalidad de proteger a los hijos menores en todos los aspectos posibles, pero en ningún momento establece término alguno de tal abandono, para poder tener un parámetro de referencia, es decir, a nuestro juicio es un tanto

incierto el saber a partir de cuando los padres están incurriendo en la falta de cumplimiento con sus deberes comprometiendo la salud o la seguridad del menor y que pudiera sancionarse con la pérdida de la Patria Potestad.

Por otra parte, el legislador señala que si se abandonan los deberes derivados del hecho de ser padre o madre, y al abandonarlos se comprometa de algún modo la salud de los menores, deben ser castigados con la pérdida de la Patria Potestad y aún más abunda en la hipótesis, al afirmar que si se pone en peligro la seguridad física de los hijos, será suficiente para que la sanción sea la pérdida de la Patria Potestad.

En las afirmaciones que hemos hecho anteriormente no pretendemos decir que la fracción III del artículo 444 no se refiere suficientemente a la pérdida de la Patria Potestad, lo que se afirma es que por la falta de señalamiento del término nos deja en una situación incierta.

4.2.2 EFECTOS.

Para el Derecho Familiar, la pérdida de la Patria Potestad es una figura grave porque primero debe pensarse en los daños que se van a causar al menor, después en lo irreparable de las

consecuencias por haber privado al padre o a la madre de ejercer este derecho que a nuestro criterio es un deber que únicamente se justificaría en niños expósitos o abandonados.

Cuando se instituyó la pérdida de la Patria Potestad como figura jurídica se hizo pensando en sancionar al padre o a la madre, según sea el caso, pero en ningún momento se hizo pensando en el menor ni en los daños irreparables que se pueden causar a una criatura.

4.3 SU INTERPRETACION JURIDICA.

Al referirnos concretamente a la fracción III del artículo 444 del Código Civil vigente consideramos necesario precisar los términos empleados por tal disposición. Así apuntamos que para que exista abandono es necesario que exista una conducta de total desamparo y de absoluta indiferencia o despreocupación frente a la realidad de los hijos; conducta que además debe ser estrictamente maliciosa y voluntaria, sin supeditación a alguna circunstancia que haya podido influir aunque sea indirectamente, en la consumación del hecho de abandono.

Por otra parte el abandono puede conceptuarse como "el desprendimiento de los deberes de los progenitores, respecto de

sus hijos, o sea, consiste en la abdicación total de los deberes de crianza, alimentación y educación que impone la ley."(87)

Para que proceda la pérdida de la Patria Potestad por el abandono de los deberes materiales debe ser total y además comprometer la salud moral y material de los hijos, es decir, la mayor o menor dedicación o afecto, así como el cumplimiento mas o menos irregular de los deberes materiales no sería causa suficiente para una sanción como la pérdida de la Patria Potestad.

La pérdida de la Patria Potestad es tan grave, que cuando se dicta debe considerarse en forma prioritaria el interés de los hijos. La Patria Potestad y su ejercicio implica, como ya lo estudiamos en capítulos anteriores, la administración de los bienes de los hijos, la obligación de educarlos correctamente y la facultad para corregirlos y, en su caso castigarlos de manera mesurada. Esto es, los padres deben vivir bajo el mismo tacho y convivir con sus hijos para que el ejercicio de la Patria Potestad sea práctica y no teórica.

Aunado a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a la pérdida de la Patria Potestad por el abandono de los deberes materiales ha determinado lo siguiente: " 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 psicológicas sino que debe demostrarse que fueron producto de acciones u omisiones, siempre injustificadas, atribuidas al padre, a la madre o a ambos."(88)

Otra consideración al respecto es la siguiente:"Para acreditar la causal de pérdida de la Patria Potestad consistente en que uno de los padres abandonó sus deberes para con sus hijos, como son los de dar alimentos, cuidados y educación, es suficiente el reconocimiento de que tal abandono haga el obligado, en la contestación de la demanda o en desahogo de la prueba confesional a su cargo, en virtud de que son la aceptación, y ante la ausencia de pruebas que acrediten lo contrario, queda debidamente probado el abandono de esos

⁸⁸Primer Tribunal Colegiado del Sexto Distrito. Amparo Directo 6/92. José Javier Amado García. 5 de Mayo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente Enrique Dueñas Sarabia.

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"(89)

Por otra parte, la interpretación del artículo 444 fracciones III y IV del Código Civil para el Distrito Federal nos dice " 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 y palpables diferencias, pues la primera de las fracciones alude que el abandono de los deberes pudiera comprometer la salud, la seguridad o la moral de los hijos, y resulta por demás claro que en esa hipótesis no se señale término alguno, dado los bienes jurídicamente protegidos y que mencione el citado numeral, es decir, que una vez que se presente dicho supuesto, se está en la posibilidad de ejercer la acción correspondiente, pero no acontece lo mismo cuando ya no están en juego dichos valores, pues en este evento y según lo dispone la última parte de la fracción IV del multicitado precepto, el abandono debe

⁸⁹Informe de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1987. Tercera Sala. Tesis 334. Pág. 239.

prolongarse por más de seis meses."(90)

Se debe precisar cuando se considera abandono de deberes como causal de pérdida de la patria potestad y al respecto se se manifiesta lo siguiente: "Patria Potestad. Pérdida de la misma por abandono de deberes. Si la actora demandó en su curso de deamanda que el enjuiciado había desatendido sus deberes de ministración de alimentos para con su menor hija y que éste sostuvo por el contrario que mensualmente le otorgaba una suma de dinero, es claro que aquella no podía probar un hecho negativo, en tanto que el enjuiciado se encontraba obligado a probar sus aseveraciones, de conformidad con lo dispuesto por los art. 281 y 282 de Código adjetivo Civil, con objeto de que no se tuviera por acreditada la causal de pérdida de la patria potestad prevista en la fracción III del artículo 444 del Código Civil, y si no se probó a través del medio de convicción adecuado a sus afirmaciones, es concluyente que dicha causal se debe tener por probada, pues el solo hecho de no proporcionar al acreedor alimentista los medios adecuados que permitan el desarrollo de su persona trae consigo el peligro de que se afecte no solo su salud o su seguridad, sino también su aspecto

⁹⁰Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo Directo 1081/89 Germán Ventura García y Esther Barrón de Ventura. 26 de Mayo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente Eduardo Lara Díaz.

moral y, por eso mismo, debe tenerse por acreditada dicha causal y decretar la pérdida de la patria potestad de su menor hija."(91)

De acuerdo con el artículo 444, fracción III del Código Civil para el Distrito Federal, la patria potestad se pierde porque los que la ejercen dejen abandonados sus deberes para con el menor, sin embargo, esta causal no se da cuando existe un convenio entre el padre y la madre del menor, respecto de quien es el que ejercerá la patria potestad del mismo cuando no vivan juntos.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto: "El padre que no demuestre interés alguno para proveer a la subsistencia, cuidado y educación de su hijo, debe perder la patria potestad sobre él, atento a lo establecido por el artículo 444, fracción III del Código Civil del Estado de Nuevo León porque su conducta puede poner en peligro la salud o la seguridad del niño, sin que sea óbice a lo anterior, el hecho de que la madre provea a la subsistencia y cuidado del menor, porque la situación de desamparo debe juzgarse según la conducta del progenitor que realiza el abandono, con

⁹¹Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

independencia de la actitud asumida por el otro."(92)

En base a las determinaciones que preceden y lo establecido en el artículo 444 fracciones III y IV del Código Civil vigente en el Distrito Federal, respecto a la pérdida de la patria potestad por el abandono de los deberes materiales, los mismos llevan implícito el desintrés de los progenitores para con los menores, asimismo el peligro y desamparo en que estos quedan.

4.4 CONJUNCION EN SU ANALISIS.

Una vez realizado el estudio de todos y cada uno de los términos literales que componen el texto de la fracción III del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, así como de haber analizado los elementos jurídicos que conforman la fracción en estudio y a manera personal, considero que ambos análisis en esencia tienen como finalidad primordial la protección y seguridad tanto física como mental de los menores encomendadas a quienes ejercen la patria potestad sobre ellos.

Es decir, la finalidad de los legisladores de crear tales disposiciones es comprender todos y cada uno de los supuestos

⁹²Suprema Corte de Justicia de la Nación. Séptima Epoca. Cuarta Parte. Volúmenes 199-204. Pág. 26.

que en un momento determinado podrían poner en peligro la integridad y seguridad de los menores sujetos a la patria potestad, quienes son a todas luces indefensas criaturas que necesitan la protección cuidado y apoyo de quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad. Asimismo y siguiendo con este orden de ideas considero acertado pero incompleto el texto de la fracción que nos ocupa ya que en ningún momento señala término alguno para poder determinar si hay abandono material de deberes.

Al invocar esta fracción como causa de pérdida de la patria potestad, no cabe reflexión alguna, es determinante lo prescrito por el legislador, no admite interpretación alguna sino únicamente la aplicación literal de tal precepto, sin embargo, como he venido manifestando, es un tanto incierto el tiempo que debemos tomar en cuenta para la aplicación de dicha fracción.

4.5 OPINION Y PROPOSICION DE LA SUSTENTANTE.

La Patria Potestad como institución de interes público y social no puede renunciarse, sin embargo, considero justo el privar de la Patria potestad a quien la ejerce de manera irresponsable y de alguna manera pone en peligro la seguridad o la integridad de los menores ya que se estaría contradiciendo

el principio fundamental de tal institución.

Por otra parte, considero que al respecto se debe tomar en cuenta la necesidad de ir adecuando las normas legales a las situaciones y problemáticas sociales que pudiera presentar el ejercicio de la patria potestad con la finalidad de actualizar los preceptos que contemplan dicha problemática y que de alguna forma, aún no se encuentran previstos.

Una vez manifestado lo anterior, podemos proponer que se adicione o modifique la fracción III del artículo 444 del Código Civil vigente para el Distrito Federal en cuanto a que se establezca un término máximo para determinar que el abandono de los deberes materiales por parte de quien o quienes ejercen la patria potestad pudiera comprometer la seguridad y el bienestar de los menores.

Para concluir estimo que dicho término debería ser de seis meses, tiempo suficiente para poder observar el desinterés y la irresponsabilidad con la que quien ejerce la Patria Potestad se conduce hacia los menores que tiene bajo su responsabilidad.

De esta manera la fracción III del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal quedaría de la siguiente forma:

"Artículo 444.- La Patria Potestad se pierde:

III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes materiales por mas de seis meses se pudiera comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos nop cayeran bajo la sanción de la ley penal."

Con esta adición a la fracción que nos ocupa se trata de que quien ejerce la Patria Potestad lo haga con responsabilidad y en caso de no hacerlo se dejaría a otro de los ascendientes la facultad de hacerlo, buscando en todo momento el bienestar y seguridad de los menores sujetos a la Patria Potestad.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- A lo largo de este trabajo se habló de los antecedentes históricos de la Patria Potestad en el Derecho Romano, así como la evolución que ha tenido esta figura en el Derecho Mexicano a Través de sus diferentes etapas, por considerar que ellos son pilares fundamentales a esta institución.

SEGUNDA.- A través de la historia del Derecho, la Patria Potestad ha sido objeto de una serie de controversias al tratar de reglamentarse como una institución jurídica.

TERCERA.- Una vez analizadas varias definiciones de Patria Potestad, a manera personal considero que debe entenderse como una institución derivada de la filiación consistente en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de los descendientes menores de edad, en la medida que su estado de minoría así lo requiera.

CUARTA.- La Patria Potestad tiene como origen la filiación, es decir, como fuente real el hecho natural de la

paternidad y la maternidad; es una institución establecida por el derecho con la finalidad de proteger y salvaguardar los derechos de los menores y debe ejercerse no solo en su aspecto de derecho, por los padres sino muy especialmente en lo que respecta a las obligaciones de estos de asistencia y representación de los menores de edad.

QUINTA.- La Patria Potestad como institución de interés público y social no puede renunciarse, pero quienes la ejercen pueden excusarse de tal llamamiento; por otra parte la Patria Potestad puede suspenderse temporalmente o puede acabarse en forma definitiva por razones naturales o cuando por motivos en que aparece la culpabilidad del titular, en el cumplimiento de sus deberes sea sentenciado a perderla.

SEXTA.- La serie de derechos y obligaciones correlativas para quienes ejercen la patria potestad comprenden la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, corregirlos, representarlos en los actos jurídicos que señale la ley, de administrar los bienes, de proporcionarle alimentos, etc.

SEPTIMA.- Considero justo el privar de la patria potestad a aquellos a quienes corresponde ejercerla, cuando estos no la llevan a cabo con responsabilidad cayendo en el abandono de los

deberes materiales y morales a que están obligados en virtud de la filiación, comprometiendo con ello el bienestar y la seguridad de los menores indefensos que sufren desde el momento en que son víctimas del desamparo y abandono de sus ascendientes o ascendiente a quién corresponde ejercer la Patria Potestad.

OCTAVA.- Para la pérdida del "ejercicio" de la Patria Potestad por quien debe cumplirla y no lo hace, considero pertinente que se establezca como máximo un período de seis meses, tiempo que a mi parecer es más que suficiente para determinar que el abandono de los deberes por parte del sujeto activo pudiera comprometer la seguridad y el bienestar del menor, ya que si durante todo este tiempo no se preocupó por proporcionarle lo necesario para su subsistencia es preciso otorgar la Patria Potestad a el ascendiente que cumpla responsablemente con los derechos y deberes que esta confiere, para no poner en peligro la seguridad física de los hijos.

NOVENA.- Estimo que es de suma importancia tomar en cuenta la necesidad de ir adecuando las normas legales a las situaciones y problemáticas sociales que presenta el ejercicio de la Patria Potestad, con el propósito de que se tenga una mayor y mejor actualización de las normas y se contemplan los

problemas aún no previstos en forma exacta, caso concreto el término del abandono de los deberes materiales y morales como causa de pérdida de Patria Potestad.

DECIMA.- Para concluir, se propone que lo anteriormente señalado se contemple en una modificación o adición a la fracción III del Artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, misma que quedaría establecida de la siguiente forma: "Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes materiales por más de seis meses, se pudiera comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando estos no cayeran bajo la sanción de la ley penal."

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Arias Ramos, J. Derecho Romano II-III. Sexta Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1954.
- 2.- Bonfante, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Quinta Edición. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1979.
- 3.- Bravo González, Agustín. Lecciones de Derecho Privado. Ediciones S. de R.L. México D.F. 1963.
- 4.- Castro S., Luis Muñoz. Comentarios al Código Civil. Segunda Edición. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, D.F. 1983.
- 5.- Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985.
- 6.- Clemente de Diego, Felipe. Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo II. Editorial Piero. Madrid, 1930.
- 7.- Colín, Ambrosio Y Capitan H. Derecho Civil. Tomo II. Segunda Edición. Editorial Reus. México, 1933.

- 8.- De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. Vigésima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994.
- 9.- De Pina Vara, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Novena Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1978.
- 10.- Diccionario de la Lengua Española. Décimo Novena Edición. Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1970.
- 11.- Diccionario Enciclopédico Universal.
- 12.- Dumm, Raúl E. Concubinato. Enciclopedia Jurídica Omega. Tomo III. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1966.
- 13.- Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Tomo I. Editorial Polis. México, 1937.
- 14.- Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Publicidad y Ediciones. México, D.F., 1943.
- 15.- Floris Margadant, S. Guillermo. Algunas Aclaraciones y Sugestiones en Relación con el Matrimonio y el Concubinato en el Derecho Romano. Revista de la Facultad de Derecho de México.

UNAM. Tomo VI Jul-Sep 1956. No. 23.

- 16.- Floris Margadant, S. Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Textos Universitarios. UNAM. México, 1971.
- 17.- Floris Margadant, S. Guillermo. El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea. Duodécima Edición. Editorial Esfinge, S.A. México D.F. 1983.
- 18.- Foignet René, Tr. Arturo Fernández Aguirre. Manual Elemental de Derecho Romano. Editorial José M. Cajica Jr. S.A. Puebla, Puebla, 1956.
- 19.- Fueyo Laneri, Fernando. Derecho Civil. Derecho de Familia. Editorial Imp y Lito-Universo S.A. Valparaíso, Chile. 1959.
- 20.- Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General, personas, Familia. Quinta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982.
- 21.- González Díaz Lombardo, Francisco Xavier. Historia del Derecho y del Estado. Primera reimpression. Editorial LIMUSA, S.A. México, 1979.

- 22.- Gutiérrez y González, Ernesto. El Patrimonio. Segunda Edición. Editorial Cajica, S.A. Puebla, Puebla, México, 1982.
- 23.- Ibarrola Zamora, Antonio de. Derecho de Familia. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984.
- 24.- Josserand, Louis. Curso de Derecho Civil Positivo Francés. Tomo I. Editorial Sirey. París, 1932.
- 25.- La Inseminación Artificial, Estudio de Derecho Comparado realizado por los alumnos de la Segunda generación de la Escuela de Derecho del Instituto Cuitlauac, incorporado a la UNAM, supervisado por el Lic. Jaime Bergers.
- 26.- Lemus García, Raúl. Derecho Romano (compendio). Quinta Edición, Editorial LIMUSA. México, 1979.
- 27.- Magallon Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. Editorial Porrúa, S.A. México, 1988.
- 28.- Mixcóatl Vázquez, Rosalío. El Concubinato y su Régimen Legal. Tesis profesional, UNAM, México, 1959.
- 29.-Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Tercera Edición.

Editorial Porrúa, S.A. México, 1987.

30.-Moreno Dubois, Eduardo. La Ley. Tomo 116. Oct., Nov. y Dic., 1964. Buenos Aires, Argentina.

31.- Pallares, Eduardo. El Divorcio en México. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1979.

32.- Palmer, Paul. La Fecundación Artificial en Seres Humanos. Studium. Madrid-Buenos Aires, 1950.

33.- Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Novena Edición. Editorial Epoca, S.A. México D.F., 1977.

34.- Ripert, George y Boulanger, Jean. Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Tomo II. Vol. I. Editorial La Ley, S.A. Buenos Aires, Argentina, 1963.

35.- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Tercera Edición. Editorial Libros de México. México, 12 D.F. 1967.

36.- Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1987.

- 37.- Sainz Gómez, José María. Derecho Romano I. Editorial LIMUSA, S.A. de C.V. México, D.F. 1988.
- 38.- Sánchez Medal, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de la Familia en México. Editorial Porrúa, S.A. México, 1979.
- 39.- Sohm, Rodolfo. Instituciones de Derecho Privado Romano. Serie C-Vol. I. Décimo Séptima Edición. Biblioteca de la Revista de Derecho Privado. Madrid, 1929.

LEGISLACION

- 40.- Código Civil para el Distrito y Territorio de Baja California

de 1870.

- 41.- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1884.
- 42.- Código Civil para el Distrito Federal. 63ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994.
- 43.- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de México. Octava Edición Editorial Cajica, S.A. Puebla, Pue. México, 1995.
- 44.- Código Civil del Estado de Puebla, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1992.
- 45.- Código Civil para el Estado de Veracruz, Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1992.
- 46.- Ley sobre Relaciones Familiares de 9 de Abril de 1917.