

881209

15
rej.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

LA PATRIA POTESTAD EN ROMA Y SU PROYECCIÓN EN
EN EL DERECHO MEXICANO

T E S I S

QUE PARA OBTENER POR EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

CLAUDIA NOEMI TRACONIS ESTRADA

TEJIS CON
FALLA DE ORIGEN

MÉXICO, D. F.

1990.



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.

I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCIÓN	
CAPÍTULO I	
ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL MUNDO ANTIGUO	1
1.1. Etimología y concepto de la Patria Potestad.	2
1.2. El poder paterno en los tiempos primitivos.	2
Grecia.	
1.3. Pueblos de Oriente.	3
1.3.1. Hebreos.	3
1.3.2. Egipcios.	4
1.3.3. Chinos.	6
1.3.4. Persas.	9
1.3.5. Arios.	9
1.3.6. Germanos.	12
CAPÍTULO II	
LA PATRIA POTESTAD EN ROMA	14
2.1. Carácter y evolución histórica de la familia romana.	16
2.2. Condiciones de capacidad para ejercer la	
Patria Potestad.	17
2.2.1. Ser varón.	17
2.2.2. Ser ciudadano romano.	18
2.2.3. Ser sui iuris.	18
2.3. Del parentesco en Roma.	19
2.3.1. Agnados.	20
2.3.2. Cognados.	20

	Pág.
2.3.3. Afinidad.	21
2.4. Del poder del Paterfamilias.	23
2.4.1. Derechos del Paterfamilias sobre las personas en quien ejerce la Patria Potestad.	23
2.4.2. Derecho de imponerle la pena de muerte, las vitas et coactioes.	24
2.4.3. Derecho de venderlos, las venditi.	24
2.4.4. Derecho de exponerlos o sus exponendi.	25
2.4.5. Derecho de dar a los hijos en Noxa.	25
2.5. Derechos del Paterfamilias sobre los bienes de sus hijos.	25
2.6. Derechos del Paterfamilias en el derecho Justiniano.	26
2.7. Del Paterfamilias y la domus romana.	27
2.7.1. Relaciones del Paterfamilias con los miembros de la domus.	29
2.8. Del poder del Paterfamilias hasta la introducción de los peculios.	29
2.9. De los peculios. concepto.	31
2.9.1. Origen y desenvolvimiento de los peculios.	32
2.9.2. Peculio Profecticio.	32
2.9.3. Peculio Castrense.	33
2.9.4. Peculio Quasi-castrense.	34
2.9.5. Peculio Adventicio.	35
2.10. Cambio que representan los peculios en el patrimonio familiar romano.	38

CAPÍTULO III

FUENTES DE LA PATRIA POTESTAS ROMANA	19
1.1. De los Esponsales.	41
1.2. Del Matrimonio.	43
1.3. Del Concubinato.	45
1.4. Celibato.	46
1.5. De las Segundas Nupcias.	47
1.6. Formas de disolución del matrimonio.	48
3.6.1. Del Divorcio.	49
1.7. De las Justas Nupcias: requisitos y efectos jurídicos.	51
3.7.1. Requisitos para contraer Justas Nupcias.	53
3.7.2. Efectos jurídicos de las Justas Nupcias.	54
3.7.3. Requisitos para contraer Justas Nupcias de acuerdo a la opinión de la Lic. Beatriz Bravo Valdés.	58
1.8. De la Narus.	61
3.8.1. Del matrimonio con narus.	63
3.8.2. Del matrimonio sin narus.	64
1.9. De la Filiación.	65
1.10. De la Legitimación.	67
1.11. De la Adrogación.	70
3.11.1 Formas de la Adrogación.	72
3.11.2 Efectos de la Adrogación.	74
3.11.3 Diferencias entre Adrogación y Adopción en sentido estricto.	74

	Pág.
3.12. De la Adopción.	75
3.12.1. Formas de Adopción	77
3.12.2. Efectos de la Adopción.	78
3.13. Extinción de la Patria Potestad referida especialmente a la Emancipación.	79
3.14. Extinción de la Patria Potestad en sentido romano.	81
CAPITULO IV	
LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL	83
4.1. La Patria Potestad en el Derecho Español.	85
4.2. Precedentes de la Patria Potestad en España.	86
4.2.1. En el Fuero Juzgo.	87
4.2.2. Fueros Municipales.	89
4.2.3. Fuero de Baza.	90
4.2.4. Fuero de Palencia.	90
4.2.5. Fuero de Burgos.	91
4.2.6. El Fuero Real.	91
4.2.7. Las Partidas.	92
4.2.8. Leyes del Toro.	93
4.3. Precedentes del Código Civil Español.	93
4.3.1. Ley del Matrimonio Civil de 1870.	94
4.3.2. El Código Civil vigente.	95
4.3.3. Sentencia de 13 de Diciembre de 1880.	96
4.4. Conceptos de Patria Potestad en el Derecho Histórico Español.	97

	Pág.
4.4.1. Aragón.	97
4.4.2. Cataluña.	98
4.4.3. Mallorca.	98
4.4.4. Navarra.	99
4.4.5. Vizcaya.	99
4.5. Código Civil Español de 1889.	100
4.6. Conceptos de Patria Potestad en el Derecho Vigente Español.	104
4.6.1. Cataluña.	104
4.6.2. Navarra.	104
4.6.3. Vizcaya.	105
4.7. Legislación extranjera sobre la Patria Potestad.	
Introducción.	105
4.7.1. Alemania.	106
4.7.2. Austria.	106
4.7.3. Hungría.	106
4.7.4. Dinamarca y Noruega.	106
4.7.5. Suecia.	107
4.7.6. Holanda.	107
4.7.7. Francia.	107
4.7.8. Suiza.	108
4.7.9. Italia.	108
4.7.10. Portugal.	108
4.7.11. Inglaterra.	109
4.7.12. Escocia.	109
4.7.13. Cuba.	110
4.8. Derecho Internacional	112

CAPITULO V

DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN EL

DERECHO POSITIVO MEXICANO

114

5.1. De la manera en que se regulaba la Patria

Potestad en el Código Civil Mexicano de 1887

114

5.1.1. Efectos de la Patria Potestad respecto
de la persona de los hijos.

114

5.1.2. De los efectos de la Patria Potestad
respecto de los bienes de los hijos.

117

5.1.3. De la manera de acabarse y suspenderse
la Patria Potestad.

120

5.2. De la manera de regular la Patria Potestad en el
Código Civil de 1874.

121

5.2.1. Efectos de la Patria Potestad respecto
de la persona de los hijos.

121

5.2.2. Efectos de la Patria Potestad respecto
de los bienes del hijo.

124

5.2.3. Modos de acabarse y suspenderse la
Patria Potestad.

124

5.3. De la manera de regular la Patria Potestad en el
Código Civil de 1928

125

5.3.1. Efectos de la Patria Potestad respecto
de la persona de los hijos.

125

5.3.2. Efectos de la Patria Potestad respecto
de los bienes del hijo.

129

	Pág.
5.3.7. Modos de extinción y suspensiones de Patria Potestad.	134
5.4. Filiación. Concepto.	136
5.4.1. Especies de Filiación.	138
5.4.2. De los hijos nacidos de matrimonio.	140
5.4.3. La acción de desconocimiento de la paternidad	141
5.4.4. Prueba de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio: las actas del estado civil.	143
5.4.5. Prueba de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio: la posesión de estado.	143
5.4.6. Reclamación de estado.	145
5.4.7. Conflictos de paternidad.	146
5.5. De los hijos nacidos fuera de matrimonio y de la manera para su reconocimiento.	147
5.6. La Adopción. Concepto.	149
5.6.1. Antecedentes Históricos.	150
5.6.2. Naturaleza Jurídica de la Adopción.	150
5.6.3. Caracteres.	151
5.6.4. Requisitos.	152
5.6.5. Procedimiento de Adopción.	153
5.6.6. Efectos.	154
5.6.7. Terminación.	155
CONCLUSIONES	156
BIBLIOGRAFIA	158

INTRODUCCION

A lo largo de este estudio se encuentra palpable como ha evolucionado el carácter de la patria potestad, tanto en su forma de aplicarla, como en sus alcances jurídicos. En los primeros tiempos se llegó a considerar al hijo como a un objeto, basándose en el principio de que el autor de una cosa es dueño de ella y por formar los padres a sus hijos con su propia sustancia se consideraba a los hijos como una extensión de la existencia de los padres y por lo tanto como una propiedad de ellos, de los cuales podían disponer para lo que fuera y sin ninguna restricción tomándose este derecho de carácter absoluto.

A medida que pasó el tiempo fué cambiando la legislación referente a la Patria Potestad, primero se fué tomando un poco en cuenta a los hijos respecto de su capacidad para recibir y en que momento distinguir la patria potestad; sin embargo, no en todos los países se aplicó de igual forma como se verá en la fase comparativa de este estudio respecto de otros países e incluso provincias, basándose cada uno de ellos en su legislación, costumbres y cultura.

Más adelante se llegó a considerar al hijo en un plano más amplio al regular jurídicamente que actos podía realizar sin el consentimiento del padre y se dió gracias a la figura de la emancipación. De igual forma, se requirió lo relativo a los bienes, respecto a cual era pertenencia de forma exclusiva al hijo y de los cuales podía disponer de ellos aún cuando estuviese bajo el poder paterno.

También se establecieron las causas de extinción de la patria potestad y se habló de quién debía ejercerla cuando lo estableciera la ley (supletoriamente).

Veremos que todos los derechos y deberes de los padres son correlativos a los hijos y que en caso de que los hijos se resistan a cumplirlos se provee la parte legal de la misma con la que los padres contarán para hacerla efectiva, de igual forma los hijos estarán protegidos por esta parte legal con el objeto de impedir que los padres manejen la patria potestad como un poder absoluto e ilimitado.

Más adelante se llega en algunas legislaciones, a colocar a la madre a nivel del padre en lo que se refiere al ejercicio de la patria potestad, algunos le dan la patria potestad de manera subsidiaria, otros como una tutela o bien a falta del padre. En mi personal punto de vista es un gran avance, pues considero que la madre coopera para que se ejerza de manera adecuada la patria potestad y eso lo hace educando a sus hijos, entendiendo por educación todo lo que implique el aplicar la patria potestad.

El objetivo principal de este estudio fue el analizar los cambios de la reglamentación jurídica de la patria potestad y su proyección en el mundo actual, con el fin de tener una idea más clara de qué es la patria potestad, quién la ejerce, cómo quién recae y cuando termina, etc.

Entienda la patria potestad como veremos, por cualquiera de las causas que establece la ley, no por ello desaparecen por sus

ploteó las relaciones entre los padres y los hijos, pues quedan - - siempre entre ellos las derivadas del hecho de la generación y las que dispone la ley, así como el cumplimiento por los padres en - sus deberes de tales mientras los hijos hacen menores. De aquí - que se hable de dos clases de deberes unos que son los morales como el amor, respeto y reverencia y los jurídicos como el de dar - alimentos fundados en el parentesco.

Como se verá en mi tesis toqué algunos otros temas como el matrimonio, adopción, etc., temas que considero de gran correlación con la patria potestad y que no podían pasar inadvertidos para el desarrollo de mi estudio.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL MUNDO ANTIGUO

1.1. Etimología y concepto de la Patria Potestad.

1.2. El poder paterno en los tiempos primitivos.

Grecia.

1.3. Pueblos de Oriente.

1.3.1. Hebreos.

1.3.2. Egipcios.

1.3.3. Chinos.

1.3.4. Persas.

1.3.5. Arios.

1.3.6. Germanos.

1.1. Etimología y concepto de la Patria Potestad.

Etimológicamente la patria potestad del latín patria potestas, significa el poder superior que tiene el padre con relación a los hijos. Esta significación etimológica derivada del carácter que la institución tuvo en sus orígenes y en el Derecho Romano, ha influido en todos los autores que han considerado la patria potestad como un derecho del padre. Sin embargo, en los tiempos modernos ni se considera exclusiva del padre y se entienden implícitos deberes correlativos a los derechos otorgados al padre, tanto en relación a las personas, como a los bienes de los hijos mientras éstos no pueden valerse por sí mismos. (1)

A continuación vamos a tratar la patria potestad en el mundo antiguo, a fin de analizar el poder paterno en los pueblos de oriente.

1.2. El poder paterno en los tiempos primitivos. Grecia.

Fustel de Coulanges establece que el poder paterno en la antigüedad tiene un carácter completamente distinto del actual. Esto obedeció en primer término a que la familia era la suma agrupación social pues no existía el Estado tal como hoy lo conocemos, ni siquiera el Estado-Ciudad, sino que la familia era al mismo tiempo Estado encarnado en ella. Por lo que se refiere al jefe de la fa-

(1) ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA: Tomo XIII, Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1973, p. 816.

milia, tenía todas las atribuciones del jefe de Estado sin más límite que el que le imponía la religión y el mismo interés de la familia. Este carácter absoluto del poder paterno se muestra en todos los pueblos antiguos y éste explica el derecho de vida y muerte que el padre tenía sobre los hijos, derecho sobre el cual se ha fantaseado mucho suponiéndolo un vestigio de barbarie cuando no era otra cosa que el ejercicio del poder atribuido al jefe de Estado. (2)

1.3. Pueblos de Oriente.

1.3.1. Hebreos.

Entre los hebreos el poder paterno lo tenían los patriarcas y solamente lo perdieron cuando a partir de Moisés se constituyó el pueblo hebreo con una nación y un gobierno general. Por lo que se refiere a sus otras facultades, el padre continuó con un poder absoluto, sobre todo con lo que se refería a las relaciones con la familia, siendo el padre el único propietario territorial y absorbiendo todos los derechos de las demás personas de la familia. La única variación estuvo para en que el padre no pudo desde entonces imponer al hijo la última pena (3) precisando para ello recurrir al poder del Estado, y sólo éste podía autorizar o negar dicha pena, mientras que en un principio bastaba la simple manifestación -

(2) FUSTEL DE COULANGES: La Ciudad Antigua; 1a. ed., Ediciones Distribuciones, S.A., Madrid, 1941, p. 114.

(3) Se refería a la pena de muerte que la podía imponer el padre cuando así lo considerara.

del padre para que la sentencia se dictara y se cumpliera, pues -
contra esa manifestación no se admitía prueba alguna.

Es importante mencionar que las leyes hebreas colocan a la -
madre en el mismo rango que al padre con respecto a los hijos, lo -
cual es un suceso notable ya que los otros pueblos no tomaban en
cuenta a la madre. Para los hebreos el tener muchos hijos era una
gloria, y el nacimiento de éstos se solemnizaba con grandes fiestas.
La educación de las hijas corría enteramente a cargo de la -
madre; también se hacía cargo de la educación de los hijos pero -
hasta que llegaran a la edad de cinco años, edad en la que pasaban
al cuidado del padre.

La familia hebreá estaba basada en la poligamia y existía la
posibilidad de repudiación a causa de vicios notables. En materia
privada, cada poder-familias tenía que observar que se cumpliera -
la ley mosaica dentro de su hogar. En caso de pleitos entre las -
familias funcionaba como árbitro un consejo de vecinos ancianos; -
no hubo jueces estatales para lo relacionado con las controversias
de carácter civil. (4)

1.3.2. Egipto.

La época anterior a Alejandro el Grande nos ha entregado un
total de 300 fragmentos de papiros jurídicos egipcios que nos per-
miten conocer la vida jurídica de mediados del último milenio an-

(4) GUILLELMO FLORES MASCABANT: Panorama de Historia del Dere-
cho; Ed. Porrúa, México, 1979, p. 215.

tes de Cristo. Según lo estudiado, parece ser que existía una sociedad en la que la mujer no estaba subordinada completamente al hombre; el matrimonio era monogámico, sin embargo la esposa conservaba su patrimonio, pese a haber contraído matrimonio y gozaba del derecho de una tercera parte de los bienes gananciales. Existía el sistema dotal, además, la mujer también participaba en las sujeciones sobre una base igual a la del hombre. Las viudas podían recibir de fideicomiso la herencia del marido en beneficio de sus hijos. Los contratos se celebraban por escrito en presencia de muchos testigos y debían registrarse públicamente.

En cuanto a las instituciones sociales, los egipcios han adoptado las de sus conquistadores árabes. Se dice que en un principio en las ciudades eran polígamos pero eran muy pocos los campesinos que tenían más de una mujer; el divorcio era muy común, casi la mitad de los matrimonios acababan por el repudio. Entre los captos, que era una clase egipcia respecto de la religión, celebraban matrimonios temporales, y en caso de que los esposos se pusieran de acuerdo se volvían definitivos.

Por otra parte, el asesinato aunque fuera de un esclavo se castigaba con la muerte. El padre o madre que hablara mal de su hijo debía estar abrazado con el cadáver durante tres días y tres noches. Todo egipcio debía socorrer a sus semejantes en caso de peligro de muerte, bajo pena de ser considerado como asesino y si no podía prestar auxilio debía considerarse como culpable pues existía una ley que imponía a los egipcios asistencia mutua en la que los ciudadanos estaban obligados a protegerse entre sí.

Respecto a su religión queda entendido que era monoteísta en su esencia y politeísta en sus manifestaciones, por consiguiente - los egipcios admitían a un Ser Supremo lleno de cualidades, de ahí que al padre se le consideraran ciertos derechos sobre sus hijos, pero no ilimitados ya que sobre él se encontraba este Ser Supremo. (5)

1.3.3. China.

La familia esta considerada la base de la sociedad y existe una relación íntima entre sus individuos además de que se prestan ayuda mutua. Todos acuden en auxilio del enfermo, del que carece de trabajo o de aquel cuyos negocios le marchan mal. La propiedad se considera que pertenece a la colectividad de la familia y no al individuo. Cada una de las familias tiene sus estatutos escritos respecto a sus tierras; el producto de las tierras se destina a la manutención de los ancianos; el de otras, a la educación de los hijos o a los regalos que se les hacen a las jóvenes al casarse. Se consiguen además en estos estatutos los deberes de cada individuo y los castigos que se les podrán imponer para el caso que falten a ellos. Se han perpetuado estas costumbres con lo cual se ha impuesto un respeto de ellas a los niños desde su infancia y sirven los principios que sirven de base a la sociedad China: La fidelidad al soberano, el respeto a los padres, la unión entre los esposos, el cariño entre los hermanos y la constancia entre los amigos.

(5) DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO HISPANO-AMERICANO, Tomo VI, Montaner y Simón Editores, Barcelona, 1960, p. 103-107.

del matrimonio es tener hijos que continúen el culto de los antepasados y honren a sus padres, la esterilidad es considerada una de las mayores desgracias. Sin embargo si hay mujeres que por esta causa se suicidan, algunas lo hacen en público y con gran solemnidad, otras lo hacen en privado con un lazo corredizo hecho con un cordón de seda.

Un mes después del nacimiento de un vástago se reúne la familia para celebrar el suceso. Se presenta al niño muy lujosamente vestido y después de haberlo afeitado la cabeza se le confiere el nombre de (yue-ling), que ordinariamente es el de una flor o una virtud, o a veces es sencillamente un número. Cuando llega a la edad de comenzar sus estudios se le hace una nueva fiesta y se le pone el nombre de escuela (chun-ling).

El infanticidio es frecuente sobre todo en las familias de escasos recursos que no tienen para alimentar a sus hijos. Se conservó hasta en tiempos muy recientes el derecho de vida y muerte, pudiendo vender y jugar a los hijos y ahogar a las hijas al nacer, el padre tenía un poder muy amplio sobre sus hijos, sin embargo, el Estado se reservó la inspección de los hijos y tuvo la facultad de castigar a los padres que abusaran de éstos. Además en caso de muerte de los padres, el Estado daba al hijo mayor la autoridad sobre los demás miembros de la familia.

En China existe un código criminal; el acusado puede apelar a la sentencia, sin embargo casi nunca lo hacen. La pena de muerte es muy frecuente. Casi siempre se estrangula o decapita al reo.

Los condenados por traición, parricidio o intento sufrían el suplicio de la muerte lenta. (6)

1.3.4. Persas.

Entre los persas ocurría algo parecido que en China, el padre podía dar muerte al hijo que lo desobedeciera por tres veces, siendo por lo tanto, muy rígida la educación en la niñez y en la juventud. Se decía que durante la niñez se formaba el carácter de los hijos y que si no se les imponían castigos para respetar a los padres, crecerían con la idea de que todos eran iguales y a nadie se le debería respetar. (7)

1.3.5. Griegos.

Todo lo que se sabe hasta ahora es que el poder paterno está basado en el culto doméstico, lo cual se comprueba leyendo el código de Manú. La idea pater igual en sánscrito, en griego y en latín, no designa propiamente al que responde al hijo, para el cual existe la denominación de genitor, sino el hombre que no dependía de otro y ejercía una autoridad absoluta; se denominan pater familias al que ejerce esa autoridad sobre una familia y se denominan, aún cuando no tuvieran hijos o estuviese casado. El padre era ante todo el pontífice de la religión doméstica y por él debía perpetuarse el culto y para lo cual la familia estaba como medio para perpetuar aquél, ya que cuando el padre moría se transformaba en un dios familiar que sus descendientes habían de invocar. De este

(6) Ibid. p. 1779-1781.

(7) ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA, Ob. Cit. p. 818.

surge que la primera obligación de un poder familiar era dar un --
 continuar al culto y por eso se lee en el código de Manú que por
 el nacimiento de su primer hijo se libraba el hombre de su deuda --
 para con sus antepasados y obtenía la inmortalidad. El hijo mayor
 se presentaba como ascendido en cumplimiento del deber, mientras
 que a los otros hijos se los consideraba nacidos del amor, afirman-
 dose con esto que el hijo mayor es el todo y que los demás herma-
 nos deben (hallado el padre), mirarle y respetarle como a un pa-
 dre y vivir bajo su tutela, arrancando de aquí el derecho de prim-
 genitura y las distinciones de los que goza aún en nuestros tiem-
 pos el primogénito. De ahí también que en los primeros tiempos --
 mientras el padre vivía los hijos, cualquiera que fuera su edad, --
 continuaban sometidos a su poder como si fuesen menores para el he-
 cer una indivisible.

Consecuencia de este fundamento y carácter del poder paterno
 eran los derechos que llevaba consigo, figurado en primer término
 el de reconocer o rechazar a los hijos. Esto obedecía a que la --
 continuidad del culto solo podía asegurarse mediante el matrimonio
 celebrado con arreglo a los ritos del mismo culto, por lo que los
 hijos procedentes de otra unión no tenían sitio en el hogar ni de-
 reccho de realizar acto alguno del culto. El hijo nacido de concu-
 binato se se colocaba bajo la autoridad del padre y el procedente
 del adulterio se consideraba un intruso.

En tratándose de hijos de matrimonio, no bastaba el naci- --
 miento para ingresar en el círculo del hogar, sino que era preciso
 el consentimiento del jefe y la iniciación de los actos del culto,

de manera que el hijo no era nada para el padre en tanto no era -- asociado por él a la religión doméstica. (8)

Consecuencia del mismo principio era la facultad que tenía -- al pater para casar al hijo, con lo cual aseguraba la perpetuidad -- de la familia y del culto. Podía emanciparlo, esto es, excluirla -- de la familia y también del culto. Además podía adoptar por hijo -- a un extraño cuando se tuviese descendientes.

Resultado de la indivisibilidad y unidad de la familia bajo -- la única autoridad del pater, era también la unidad e indivisibili -- dad de la propiedad, considerándose al pater como único propietario --. El pater hacía suyas todas las adquisiciones de los hijos -- aunque sin poder dividir esa propiedad ya que estaba destinada a -- la perpetuidad de la familia. La propiedad individual y el testa -- mento no aparecerán sino hasta un grado más adelantado en la evo -- lución jurídica. El padre, por ser el único propietario podía dis -- poner de esa propiedad y el hijo se consideró como parte de ella -- pues aportaba trabajo.

El padre podía vender y dar en Noxa (9) al hijo, claro que -- con ciertas limitaciones y en especial con la de que lo recobraría -- más adelante pues de lo contrario el hijo saldría de la familia pa -- ra siempre. Esto explica, como veremos más adelante con los roma -- nos que, respecto al poder paterno las Doce Tablas sólo permitían --

(8) Esto es uno de los antecedentes de la legitimación en Roma -- como se verá más adelante en el Capítulo III.

(9) Ser en Noxa a un hijo significaba abandonarlo.

la venta del hijo por tres veces después de la última de las cuales se libertaba éste de la autoridad de su padre.

Con este principio se estableció el hecho de ser el padre el juez y el magistrado único y supremo de la familia a cuyos miembros juzgaba y castigaba, y más adelante lo hizo a través del *consilium domesticum* (10) convocado y presidido por él. Este poder del pater llegaba hasta imponer la pena de muerte a la mujer y a los hijos. Sin embargo, una vez constituida la Ciudad el pater conservó este derecho aún cuando también estaba sometido a él.

Conviene señalar que la autoridad paterna no era un poder arbitrario, sino que encontraba sus reglas y límites en las mismas creencias y así el pater tenía el derecho de excluir al hijo para saber que de hacerlo, corría el riesgo de extinguirse la familia y caer sus manos (11) en el olvido. El pater podía adoptar a un extraño pero la religión se lo prohibía cuando éste tuviese hijos propios. Esta organización fue modificada cuando el culto doméstico no fué cayendo en el olvido y cuando el poder del Estado-Ciudad fué creciendo. (12)

1.3.6. Hermanos.

La patria potestad no difiere en su carácter esencial con la primitiva romana por ser los germanos pueblos aricos. El poder del

(10) Significa consejo doméstico, el cual estaba presidido por el padre.

(11) Manes o penates significan dioses, después fueron adoptados por los romanos.

(12) ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA, ob. cit. p. 819.

padre sobre todas las personas que constituyeran la familia se denominaba *mund*, palabra que significaba protección y representación - siendo su símbolo una especie de azagaya o machete pequeño que era arma nacional de los germanos.

El padre podía dar muerte, vender y exponer a los hijos recién nacidos; vender y dar en prenda a la mujer y a los otros hijos y casar a las hijas aún en contra de su voluntad. La mujer no ejercía este derecho, pues la patria potestad no podía ser adquirida ni ejercida por ella por ser inhábil para la guerra. El padre era el único propietario del poder paterno, aún cuando en un principio la patria potestad tuvo el carácter de copropiedad latente - con la madre. La patria potestad se adquiría con el nacimiento de un hijo en el matrimonio. Así mismo se admitió la legitimación y la adopción, las cuales se verificaban con formas simbólicas tales como el abrazar o envolver al adoptado en su capa.

(13)

(13) - *Ibid.* p. 128.

CAPITULO II

LA PATRIA POTESTAD EN ROMA

- 2.1. Carácter y evolución histórica de la familia romana.
- 2.2. Condiciones de capacidad para ejercer la Patria Potestad.
 - 2.2.1. Ser varón.
 - 2.2.2. Ser ciudadano romano.
 - 2.2.3. Ser sui iuris.
- 2.3. Del parentesco en Roma.
 - 2.3.1. Agnados.
 - 2.3.2. Cognados.
 - 2.3.3. Afinidad.
- 2.4. Del poder del Paterfamilias.
 - 2.4.1. Derechos del Paterfamilias sobre las personas en quien ejerce la Patria Potestad.
 - 2.4.2. Derecho de imponerles la pena de muerte, ius vitae et necisque.
 - 2.4.3. Derecho de venderlos, ius venditi.
 - 2.4.4. Derecho de exponerlos o ius exponendi.
 - 2.4.5. Derecho de dar a los hijos en Roma.
- 2.5. Derechos del Paterfamilias sobre los bienes de sus hijos.
- 2.6. Derechos del Paterfamilias en el derecho Justiniano.
- 2.7. Del Paterfamilias y la *domus* romana.
 - 2.7.1. Relaciones del paterfamilias con los miembros de la *domus*.

- 2.8. Del poder del paterfamilias hasta la introducción de los peculios.
- 2.9. De los peculios. Concepto.
 - 2.9.1. Origen y desenvolvimiento de los peculios.
 - 2.9.2. Peculio Praefecticio.
 - 2.9.3. Peculio Castrense.
 - 2.9.4. Peculio Quasi-castrense.
 - 2.9.5. Peculio Adventicio.
- 2.10. Cambio que representa los peculios en el patrimonio familiar romano.

2.1. Carácter y evolución histórica de la familia romana.

La familia romana, lo que los romanos llaman familia es un cuerpo social totalmente distinto de nuestra sociedad doméstica, - de la familia natural en el sentido moderno. Lo genuino, lo característico, lo que definió con propiedad a la familia propio iure, - es el sometimiento de todos los miembros de una familia a la misma autoridad, manus potestas, de un jefe paterfamilias, señor y soberano de la familia y no padre de familia.

En Roma el poder paterno siempre conservó su naturaleza de verdadera potestas, tan excelsa y eminente que en la antigüedad se le calificó de majestas. Es preciso establecer para un mejor entendimiento que en la antigüedad algunos autores compararon a la patria potestad con el dominio que se tiene o se puede ejercer sobre una cosa o cosas materiales; en esa época el padre podía revocar al hijo mediante la actio reivindicatoria; sin embargo para tiempos posteriores costaba con el interdicto de liberis exhibendi. [14]

También se llegó a establecer comparación entre el hijo de familia y el esclavo, sin embargo esto es imposible, pues el hijo podía celebrar matrimonio legal, ocupar cargos públicos, emitir su voto (teniendo edad para ello), y con el tiempo tenía la facultad de hacer testamento, cosas todas para las cuales carecía de poder

[14] Concedido contra quien retiene a un descendiente que trata de ser recobrado por su ascendiente; también se concedía al paterfamilias.

o facultades al esclavo.

También se llegó a sostener que el padre de familia tenía poder igual o similar al del magistrado de la Ciudad-Estado, sin embargo éste tampoco se puede asegurar, ya que el padre de familia tenía un patrimonio mayor al del magistrado ya que todo lo que sus hijos adquiriesen, era para el padre, lo que no ocurría con los ciudadanos en relación al magistrado; además la patria potestad no se otorgaba por el pueblo como lo eran las magistraturas. (15)

3.2. Condiciones de capacidad para ejercer la Patria Potestad.

En todos los que habitasen en Roma y tuviesen hijos tenían la Patria Potestad sobre ellos. El derecho fijó las condiciones precisas para ejercer la Patria Potestad, que no eran sino consecuencias del ejercicio del culto doméstico. Para el ejercicio de la patria potestad se requería:

3.2.1. Ser varón.

Las mujeres estaban absolutamente excluidas; esto obedeció al igual que en Grecia a que la mujer no tenía más culto doméstico que el de su marido y no podía presidir ese culto pues no pertenecía a él por el nacimiento sino por haberse casado con su marido; se representaba a los antepasados del marido pues se descendía de ellos, además, cuando moría, no era considerada por los hijos y descendientes como un antepasado ni recibía culto alguno. Su in-

(15) JUAN ROBERTAS: Derecho Romano Instituciones de Derecho Privado, 2a. ed. Ed. Ariel, Barcelona, 1972, p. 329-330.

intervención en el culto de su marido se limitaba a tomar parte en los actos religiosos a la manera como lo tomaba la hija y no teniendo un hogar propio no podía ejercer autoridad en la casa. Así, las solteras estaban sometidas al padre o a sus hermanos, las casadas lo estaban al marido o al paterfamilias de éste, las viudas a sus hijos y a falta de éstos a los parientes más próximos del marido. Su cualidad de materfamilias (que sólo tenía mientras viviese con su marido y este fuese paterfamilias), le otorgaba el amor, el respeto de sus hijos, el título de domosa, pero no potestad alguna.

3.2.2. Ser ciudadano romano.

Cayo establece al respecto "No hay otros hombres que tengan un poder como el nuestro sobre sus hijos". Justiniano dice "No es que la patria potestad no sea conocida en otros pueblos, pero lo que trata de decir es que ningún peregrino puede tener patria potestad sobre un ciudadano romano, ni ningún ciudadano sobre un extranjero". (16)

3.2.3. Ser sui iuris.

Ulpiano establece "Si el padre no era sui iuris en lugar de ejercer la patria potestad la ejercería su padre o ascendiente más antiguo"; al respecto dice Justiniano "Están bajo nuestra potestad no solo nuestros descendientes inmediatos, sino todos los que lo son por línea masculina". (17)

(16) Hay que tomar en cuenta lo trascendente que era el status civitatis, es decir los derechos de ciudad que tenían los ciudadanos romanos.

(17) ENCICLOPEDIA RIALP: Tomo XVIII, Ediciones Rialp, Madrid, 1953, p. 53.

3.3. Del parentesco en Roma.

Para poder comprender quienes integraban la antigua familia romana, es necesario que estudiemos su parentesco. Uno de los grandes descubrimientos del siglo pasado fué el fechamiento del matriarcado. A lo largo del desarrollo social de nuestra historia se ha comprobado que existieron fases durante las cuales las mujeres sedentarias y entregadas a la agricultura dominaban en la comunidad. Ellas dirigían el culto, sólo ellas tenían propiedades. Los hombres tenían una vida errabunda en las selvas dedicada a la caza. Así, el hogar se formaba alrededor de la madre, polo de estabilidad en la vida familiar y el parentesco sólo se establecía por línea materna. Dos hermanos nacidos de un mismo padre pero de madres distintas no eran parientes. El padre y los ascendientes de éste no pertenecían a la familia jurídica del hijo.

La primera reacción frente a este descubrimiento fué pensar que en todos los pueblos había existido una misma secuencia de fases: primero una vida nómada en que dominaba el hombre, luego una fase parcialmente sedentaria, agrícola en la que la mujer pasó a ser el centro de la comunidad establecida y, finalmente, cuando la técnica trionfó sobre la magia resurge un nuevo predominio del hombre.

Para unos pueblos esta secuencia parece probable, pero parece ser por otra parte que las fuerzas que orientaban la historia humana han tenido demasiada fantasía para dejarse llevar por un dogma o esquema como éste. Como hemos visto, el matriarcado del cual

encontramos claros rasgos en la cultura etrusca era completamente extraño al ambiente ario, y por lo tanto, a la cultura jurídica romana.

En el derecho romano encontramos desde sus comienzos un sistema estrictamente patriarcal: solo el parentesco por línea paterna contaba en derecho. A consecuencia de esto, cada persona tenía solamente dos abuelos: los paternos. Los hermanos uterinos no son hermanos si son de distinto padre; en cambio, los hermanos consanguíneos no se distinguen jurídicamente de los hermanos por ambas líneas. (18)

A continuación veremos las clases de parentesco que existían en Roma:

2.3.1. Agnados.

Agnación, *Agnatio*, es el vínculo jurídico que une a los parientes por línea masculina, es decir, a todas las personas que se encuentran bajo la potestad de un mismo paterfamilias, o que se originarían si éste no hubiera fallecido.

2.3.2. Cognados.

Cognación, *Cognatio*, es el vínculo de sangre que une a las personas descendientes de un tronco común. Se puede dar tanto en la línea masculina como en la femenina.

(18) GUILLEMO FLORES MASCARANT: El Derecho Privado Romano; 12a. ed., Ed. Espino, S.A., México, 1983, p. 196.

1.1.1. Afinidad.

Es la relación que existe entre un cónyuge y los cognatos del otro cónyuge.

La sucesión legítima y el llamamiento a la tutela son regidos por el Derecho Civil (ius civile), de acuerdo con la Agnatio. La Cognatio es tomada en cuenta por el mismo Derecho Civil en materia de impedimentos matrimoniales. El derecho Honorario y la legislación Imperial prestas mayor atención al parentesco de sangre, corriendo al curso de evolución jurídica y transfiriendo definitivamente el parentesco consanguíneo. Con Justiniano en sus novelas 113 y 123 se puede apreciar perfectamente la preponderancia del parentesco consanguíneo sobre el agnaticio, determinando en dichas novelas quienes podían heredar por vía legítima.

La familia está compuesta de ascendientes y descendientes así como de colaterales. Los primeros forman la línea recta, es decir, la de personas que descienden unas de otras: padres, hijos, nietos, etc. La línea colateral es la que une entre sí a los descendientes de otro pariente común: hermanos, primos, etc. En ambas líneas el grado de parentesco se determina haciendo el cómputo de las generaciones. (19)

A través de los años la historia jurídica romana nos muestra el desarrollo del parentesco por Agnación hasta la reglamentación del parentesco por Cognación del derecho Justiniano. En materia

(19) JUAN IGLESIAS: ob. cit. p. 542-543.

de parentesco se distinguen las siguientes posibilidades:

Parentesco en línea recta ascendente (parentes), o descendente (liberos).

Parentesco en línea colateral (e trunca de hermanas propias, o de hermanas de ascendientes o descendientes).

Parentesco entre afines, es decir, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge en línea recta o colateral.

En cuanto a la computación de grados en materia de parentesco resulta la regla: *Quot Generacionis Tot Gradus*, o sea, hay tantos grados como generaciones. Para aplicar ésta al parentesco colateral hay que subir al tronco común, de modo que los hermanos -- son parientes colaterales en segundo grado, los tíos y sobrinos -- son parientes en tercer grado y los primos entre sí son parientes en cuarto grado.

Además de este carácter agnático encontramos como segundo rasgo típico de la antigua familia romana un vasto poder del padre sobre sus hijos y los demás miembros del hogar. La extensa patria potestad romana solo terminaba con la muerte del padre como varón más adelante, y no como en el derecho moderno cuando los hijos ligados a cierta edad establecida por la ley con la cual quedan fuera de la potestad del padre. (20)

(20) GUILLEMO FLORES MARCADANT: ob. cit. p. 194.

2.4. Del poder del Paterfamilias.

Para poder comprender cuál era el poder que ejercía el paterfamilias dentro de la familia romana procederemos a definirlo:

PATERFAMILIAS.- Significa cabeza libre, es decir, no sometida a otra potestas ciudadana y sui iuris, - capít.

El paterfamilias era el dueño de todos los bienes, el señor de los esclavos, el patrón de los clientes y el titular de los iura patronatus sobre los libertos. Tiene la patria potestad sobre sus hijos y nietos, y muchas veces como veremos más adelante - posee mediante la manus un vasto poder sobre su esposa y sobre sus nuercas casadas con manus. (21)

Ahora analizaremos los derechos que tiene el paterfamilias - sobre la persona o personas de su familia, especialmente sobre sus hijos:

2.4.1. Derechos del Paterfamilias sobre las personas en quien ejerce la Patria Potestad.

Tiene el derecho de reconocer o rechazar al hijo que se le presentase al nacer; si lo rechazaba quedaba fuera de la familia y sería muerto o expuesto, si lo reconocía quedaba bajo el poder paterno.

(21) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEGA, Tomo XXI, Argentina, 1964.

1.4.2. Derecho de imponerles la pena de muerte, las vitas et necisque.

Tenía el derecho de castigarlos hasta imponerles la pena de muerte, o las vitas et necisque (22). Sin embargo a pesar de que a lo largo del tiempo se le permitió al padre hacer uso de este derecho, posteriormente se limitó esta facultad a la opinión o consulta de censores.

1.4.3. Derecho de venderlos, los venditi.

El derecho de venderlos o los venditi, lo cual tenía lugar especialmente por la Mancipatio (23), reservándose al padre la facultad de readquirirlos. El hijo vendido quedaba en mancipium (es decir, vendido bajo el dominio de un tercero), del comprador y si éste lo libertaba volvía a la potestad del padre. Las Doce Tabas dispusieron que el hijo quedase libre de la potestad paterna cuando hubiese sido vendido por tres veces. La Jurisprudencia Internacional interpretó este precepto y se estableció que tratándose de otros descendientes que no fueran hijos como (hijas, nietos, etc.), bastaba con una sola venta para que el pater perdiera su poder sobre ellos, lo cual se empleó más adelante como medio para emancipar a los sometidos a este poder.

(22) Derecho de vida y muerte; correspondía al paterfamilias sobre todas las personas a él sometidas, se lo otorgaba desde las XII Tablas.

(23) Se consideraba una venta real primeramente y después se volvía ficticia, por lo que Justiniano no la recogió en su comprobación como institución vigente.

2.4.4. Derecho de exponerlos o ius exponendi.

Algunos autores dicen que no era una consecuencia de la patria potestad, que no concedía tal derecho sino que era derivada de la sola paternidad. Sin embargo, los juristasconsultos clásicos le atribuyeron claramente al paterfamilias y se entendía implícito que el derecho de vida y muerte sobre los hijos, como el de venderlos llevaba consigo el de exponerlos, ya sea para que fueran recogidos o para que se pudiese obtener mayor precio sobre ellos en el mercado público.

2.4.5. Derecho de dar a los hijos en Noxa.

Gayo establece "El paterfamilias no era responsable de los actos que cometieran las personas a él sometidas"; en caso de que los hijos ocasionaran algún daño, el padre podía entregarlos al que los hubiese sufrido para que se indemnizara de él con sus servicios; también podía pagar voluntariamente los daños.

2.5. Derechos del Paterfamilias sobre los bienes de sus hijos.

El hijo de familia tenía el ius commercium (24), atributo que le otorgaba el status civitatis y que se refería al derecho de propiedad y de enajenación. Sin embargo todo lo que adquiría era para el pater. Este principio se mantuvo hasta los últimos tiempos de la República, tiempo en el cual se introdujeron los peculios.

(24) Atributo que otorgaba el status civitatis a los ciudadanos romanos, derecho de propiedad y enajenación.

Más adelante analizaremos cuál fue el gran cambio que originó esta figura, desde sus inicios y hasta su establecimiento.

2.6. Derechos del Paterfamilias en el Derecho Justiniano.

En tiempo de Justiniano el padre solo tenía la facultad de corregir a sus descendientes en forma moderada. El emperador reiteró las disposiciones prohibitivas respecto a la venta del hijo, imponiendo al comprador la devolución del hijo más una multa. Se prohibió de forma absoluta retener como prenda o recibir en arriendo a los hijos de los deudores bajo la pena de perder el crédito, pagar al retenido o a su padre una suma igual al importe de aquél y sufrir un castigo corporal.

El derecho de exponerlos o ius exponendi consistió de la misma manera, sin embargo, Justiniano estableció que el expuesto tendría la condición de ingenuo. Justiniano también prohibió la dación en dote del hijo de familia por considerarlo incompatible con las costumbres de la época y ordenó que los hijos pudiesen ser demandados en forma personal.

De este modo el contenido de la patria potestad en tiempos de Justiniano estaba principalmente constituido en cuanto a la persona de los hijos con las facultades de corregirlos y educarlos, de fijar su domicilio, de darlos o negarles el consentimiento para contraer matrimonio, el de hacer testamento por ellos cuando fueran ingéberes o locos, el de designarles un tutor para que en caso de muerte del paterfamilias, siendo los hijos menores, supliría la

Inesperidad de fatos. (125)

Ahora que hemos estudiado quien es el paterfamilias y cuales son sus facultades entenderemos mejor cual era su función dentro de la domus romana y para ello estudiaremos las siguientes características:

2.7. Del Paterfamilias y la domus romana.

El centro de toda domus romana era el paterfamilias; era el juez dentro de la domus y el sacerdote de la religión del hogar, - era una especie de monarca doméstico ya que la antigua familia romana era considerada como una pequeña monarquía. La antigua Roma era considerada por varios autores como una confederación de gentes y cada una como una confederación de domus, de monarquías domésticas.

Es importante mencionar que no era necesario ser padre para poder ser paterfamilias. El término familia significa en el antiguo latín patrimonio doméstico; de tal modo se entendía que paterfamilias era el que tenía poder sobre los bienes domésticos. La familia romana era gobernada por el paterfamilias de un modo soberano, equiparándose su poder al que tenían los magistrados sobre los cives.

La antigua familia romana era una comunidad soberana, sin em

(125) COLLIERIO FLORIS SARGANAST : ob. cit. p. 196.

burgo la intervención estatal en relación con el desarrollo social acabó por destruir todo lo concebido respecto de la antigua familia romana.

La intervención legislativa se inicia en el siglo I de Cristo, en el cual Trajano impone ciertos deberes al paterfamilias cambiando con esto lo establecido para la patria potestad antigua. Establece que el hijo maltratado por el pater tiene que ser emancipado por éste. Adriano, castiga con la deportatio in insulam (deportación en una isla), al pater que mata al hijo latronis (hurto, robo). El Decreto de vida y muerte (lex vitae et mortis), sobre los hijos año testificado por Papiano fue condenado por la ética cristiana. Constantino hace uso de la pena propia del parricidio -- llamada pena cullei (pena consistente en encerrar al reo en un saco y tirarlo al mar), a quien mata a un hijo. Así a partir del cristianismo se establece el principio de que: la patria potestad in pietate debet, non atrocitate consistere. [26]

A pesar de todas las modificaciones que existieron respecto de las facultades que tenía el paterfamilias se le consideraba la única persona que tenía plena capacidad de goce y de ejercicio, -- así como capacidad procesal en forma activa y pasiva. Todos los demás miembros de la domus romana dependían de él y participaban en la vida jurídica romana sólo a través de él. [27]

[26] Viene de pietas, piedad, concepto extrajurídico que a partir del triunfo del cristianismo infundaba soluciones jurídicas con un sentido distinto de la moral anterior.

[27] JUAN IGLESIAS; *ob. cit.* p. 533.

Un hijo legítimo, recién nacido cuyo padre moría, si no tenía abuelo paterfamilias era un paterfamilias, aunque carecía de capacidad de ejercicio.

2.7.1. Relaciones del Paterfamilias con los miembros de la domus.

Ahora analizaremos cuáles eran las relaciones del paterfamilias con los miembros de la domus romana:

- Sobre los clientes.- El paterfamilias tenía un poder paternal, semejante al poder del antiguo señor sobre los libertos.
- Sobre los esclavos.- Tenía la dominica potestas, poder semejante al que tenía sobre la propiedad privada.
- Sobre los libertos.- Ejercía sobre ellos la iura patronatus.
- Sobre su esposa y sus niñas.- Fuera totes la manus.
- Sobre los hijos y nietos.- Tiene la patria potestad.
- Sobre los hijos de otros entregados en venta al pater tiene mancipium. (28)

2.8. Del poder del Paterfamilias hasta la introducción de los peculios.

Respecto a la cuestión de si el hijo tenía o no capacidad p

(28) Ibid. p. 127-128.

ra adquirir lo interesante fué que la personalidad que prevaleció fué la del paterfamilias, formando la de él y la de su hijo como una sola persona o *Unitas Personae*. Por eso los antiguos juristas romanos decían que la voz del padre era la del hijo. Las consecuencias de este principio fueron:

2.8.1. El padre era el único propietario de los bienes mientras viviera, quedaba por tanto, en su beneficio todo lo que el hijo adquiriera ya sea por su trabajo o por donación, ya que el hijo no podía tener nada propio. Es importante mencionar que, a los hijos se les consideraba copropietarios del patrimonio familiar, no porque tuvieran el disfrute de parte indivisa de él, sino porque existía una propiedad latente por parte del hijo. (29)

2.8.2. No podía darse u originarse obligación alguna entre el padre y el hijo, pues nadie puede ser deudor y acreedor de sí mismo al mismo tiempo. Sin embargo como consecuencia de este principio empezó a existir la intervención del hijo en la administración de los bienes paternos.

2.8.3. Las obligaciones contraídas por los hijos se recaían sobre el paterfamilias, pudiendo los acreedores reclamar únicamente de aquél cuando fuese *sui iuris*. Esta consecuencia que se consideró contradictoria con el principio de la *unitas personae* tenía

(29) Porque al momento de morir pater estos bienes pasaban al hijo; por eso los romanos dentro de los herederos llamaron al hijo como heredero de sí mismo.

la excepción de las acciones sociales. [30]

2.8.4. No podían ser recíprocamente testigos el uno de los otros del otro, pues nadie puede ser testigo de sí mismo.

2.8.5. Podían estipular el padre en nombre del hijo y viceversa. [31]

2.9. De los peculios. Concepto.

El peculio es el pequeño patrimonio que el hijo de familia tenía separadamente de los bienes paternos. Esta institución se dio también en favor de los esclavos.

[30] Acciones sociales se podían dar en contra del paterfamilias y eran:

- Actio Adcoertital Qualitatis.- Consistían en acciones que podían ejercer terceros para obligar al paterfamilias a cumplir compromisos contraídos por los alieni iuris asociados a su patria potestad.
- Actio Quod Junctis.- Cuando el hijo negociaba por mandato según voluntad expresa del pater.
- Actio Exercitoria.- Cuando el hijo es capitán o patrono de una nave que origina la deuda.
- Actio Institoria.- Si el hijo administra un comercio o industria en la cual contrae la obligación.
- Actio Tributaria.- Consistía por deudas del peculio administrado por el hijo.
- Actio Facultis y Actio Peculio in rem veram.- La cual permitía al acreedor actuar contra el pater hasta la concurrencia del valor del peculio o del beneficio obtenido por el mismo.

Por lo que se refiere a los daños que podían causar los alieni iuris a los esclavos, éstos podían ser perseguidos por las víctimas a través de las acciones sociales y el pater familias se liberaba entregando al culpable en reza.

JOSE MARIA SAIZ J. Reseña Romana I; Ed. Limusa, S.A. de C.V., México, 1969, p. 181.

[31] ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA; ob. cit. p. 621-622.

2.9.1. Origen y desenvolvimiento de los peculios.

El nombre de peculio procede de pecus ganado y se refiere con su origen, pues empezó a darse al caudal o hacienda consistentes -- en su mayor parte al cuidado del ganado que, cuando los romanos -- eran aún un pueblo de pastores tomaban los padres la costumbre de -- entregar a sus hijos o los señores a sus esclavos este ganado para que lo administraran y comerciaran con él. Sin embargo, los derechos otorgados por los peculios a los hijos y a los esclavos no -- eran muy claros en sus inicios; posteriormente cuando existieron -- las diversas clases de peculios que estudiaremos a continuación, -- se dió una idea más extensa de lo que le correspondía plenamente -- al hijo y lo que pertenecía al pater.

2.9.2. Peculio Praefecticio.

Es aquél cuyos bienes procedían del pater. La separación -- del peculio del patrimonio paterno sólo tenía lugar de hecho, pues el pater podía hacerla desaparecer siempre que así lo quisiera. Los bienes continuaban siendo de la familia bajo la dirección del pater; el hijo tenía la libre administración de ellos mientras no se le quitase, sin embargo, no podía manumitir (32) esclavos ni -- ejecutar acto de liberalidad sin permiso del pater. En los contrá -- tos que el hijo celebrase durante la administración que se le hubiese conferido el hijo estaba obligado en forma solidaria, mientras que el padre sólo estaba obligado hasta el importe de los bienes -- que le hubiese confiado al hijo para el manejo de tal contrato. El

[32] Manumitir significaba hacer libre a un esclavo por un acto -- especial del señor que era su dueño.

padre mismo podía ser acreedor o deudor del hijo con respecto al peculio como entidad separada de los bienes de aquél. Muerto el pater, este peculio se repartía entre todos los hijos al mismo tiempo que los demás bienes de la herencia, existiendo la posibilidad que los acreedores del padre se apoderaran del peculio profecticio, así como podían apoderarse de los bienes mismos del padre.

En tiempo de Claudio y por una Constitución de este emperador citada por Ulpiano, se admitió que el peculio profecticio se considerase como total y legalmente separado del patrimonieo paterno cuando fuese confiscado por el Estado, y que también adquiriesen los hijos en plena propiedad cuando al ser emancipados no se les quitase expresamente.

2.3.1. Peculio Castrense.

Tuvo su origen en tiempo de Augusto por el deseo de los primeros emperadores de obtener la simpatía del ejército, todo esto claro, con el objeto de mantenerse en el poder. El peculio castrense era todo lo que el hijo podía adquirir como soldado, ya sea por cualidades, trabajo o simplemente por ejercer este cargo. Por lo tanto comprendía: Las donaciones que al ingresar en el ejército solían hacerle el padre, la madre, los parientes y los amigos. Todo lo que se le donase por cualquier persona en su consideración de ser militar. La herencia de la mujer más no la dote mientras la mujer viviera, la herencia de un compañero de armas con el que se relacionó en la milicia, o de las personas que lo hubiesen conocido durante su amistad con el compañero, siempre que lo dejases -

la herencia cuando ya fuera militar. Se incluía también todo lo que adquiriese con el peculio castrense.

Sin embargo, por extensas que fuesen las facultades del hijo de familia sobre estos bienes, no dejaban de tener éstos el carácter de peculio, lo que producía los siguientes efectos: Cuando el hijo sufría la pena de deportación, tales bienes no pasaban a poder del fisco sino del pater. El pater podía adquirir las herencias dejadas al hijo cuando el hijo no las quisiera. Muerto el hijo ab-intestate, o sea, sin testamento, sucedía el padre en esos bienes no jure hereditario (por sucesión), sino jure peculii (por derecho de peculio).

En el peculio Castrense el hijo militar disponía con libertad de tal peculio. Podía manumitir válidamente esclavos, considerándose al manumitido como liberto suyo y podía también hacer donaciones mortis causa.

2.3.4. Peculio Quasi-castrense.

Los primeros emperadores utilizaron al ejército para domar la anarquía social y los que los sucedieron necesitaron reprimir la anarquía de los ejércitos basándose en el elemento civil y en la iglesia. Surgió entonces el peculio quasi-castrense, desarrollado principalmente por el emperador Constantino.

El peculio quasi-castrense se constituyó en un principio con los bienes adquiridos por el hijo de familia con motivo de ejercer ciertos cargos en la corte, pero desde Constantino se equipararon a los militares los que desempeñaban ciertos oficios en el palacio

imperial. Justiniano extendió este derecho a los médicos del príncipe, a los profesores de artes liberales y a todos los que recibiesen liberalidades del emperador o la emperatriz, o simplemente a aquellos que recibieran alguna retribución del Estado.

Los derechos del *filii* (hijos), sobre este peculio son los mismos que se tienen sobre el peculio castrense; se estableció hasta Justiniano que el derecho de disponer de este peculio por tanto tiempo sólo pertenecía a los que lo hubieran obtenido por una concesión expresa.

2.9.5. Peculio Adventicio.

Los dos anteriores peculios habían hecho crecer el principio de la unitas personae en la que se fundaban además de que llegaron a existir diversos patrimonios dentro de un mismo hogar que eran manejados de forma individual por sus respectivos dueños, lo cual se consideró congruente con las nuevas tendencias de la sobreponiendo el *ius gentium* al *ius quirites*. (33) Lo que se trataba de lograr era que hubiera un cambio en el patrimonio de la familia romana, con el objeto de igualar la condición de los hermanos que se tomaban cíviques ni militares con la condición jurídica de los que así lo eran. Sin embargo esto no tuvo mucho éxito, pues existían muchas razones de equidad que no lo permitieron.

Constantino declaró propiedad de los hijos la herencia de la

(33) *Quirites* significaba ciudadanos romanos, era el derecho que los distinguía como tales.

madre testada o intestada, reservádoles al padre mientras viviese la administración y el usufructo de esos bienes. Arcadio y Honorio extendieron este derecho a todas las adquisiciones que por cualquier título proviniesen a los hijos de los descendientes maternos. Teodosio y Valentiniano lo ampliaron a todo lo que un cónyuge recibía del otro. León y Artasio incorporaron las donaciones entre los esposos y finalmente Justiniano a todos los bienes que no proviniesen de los padres y no constituyesen peculio castrense, quasi-castrense ni profecticio, es decir, los bienes maternos, los bienes que el hijo adquiriese con su trabajo, los que se le donasen, o los que le dejase la suerte; todos estos bienes integraron el llamado peculio adventicio, sobre el que el hijo sólo tenía la nuda propiedad. (34)

La regla general del peculio adventicio era que el hijo en vida del padre solamente tenía la nuda propiedad, sin embargo tenía algunas excepciones en las que se le otorgaba también el hijo la libre administración, el usufructo y la libre disposición del mismo peculio. Esto suscitó que se dijera que para algunos casos existía un peculio adventicio extraordinario para distinguirlo del caso general.

Se estableció cuáles eran los bienes que comprendía el peculio adventicio extraordinario: los bienes que el hijo adquiriera contra la voluntad del padre; los bienes que se le dejasen bajo

(34) Nuda propiedad es el conjunto de facultades que se reservan al propietario de una cosa dada en usufructo.

la condición de que el padre no tuviese en ellos la administración o el usufructo; la parte que le correspondiera al hijo de la herencia de un hermano; los bienes que el padre administrara con mal - que los malversase y los bienes que el hijo adquiría cuando el padre se divorciaba injustamente.

Constantino le dió gran importancia a los bienes que se reservaban exclusivamente al hijo y que eran adquiridos por su madre (bona materna), ya sea por herencia testamentaria o legítima; respecto de tales bienes el paterfamilias era legalmente el propietario, sin embargo, no tenía la libre disposición sobre ellos. Emperadores posteriores a Constantino ampliaron este derecho a los bienes procedentes de los ascendientes maternos (bona materni generis), siempre y cuando fuesen adquiridos en forma gratuita ya sea por herencia, legado o donación, así como los lucros nupciales y las donaciones espousalicias. (15)

Con Justiniano se regula que la propiedad de esos bienes procedentes del peculio adventicio, pertenecen al hijo, teniendo al paterfamilias como un simple administrador y usufructuario. De lo anterior debe entenderse que el hijo sería el dueño de tales bienes siempre que él los hubiese adquirido ya sea por su trabajo, o como consecuencia de la liberalidad de un tercero, mientras que si los adquirió el pater quedan bajo su propiedad. (16)

(15) Las donaciones otorgadas a los espousales, personas que iban a contraer matrimonio.

(16) *JURIS IGLESIAS*, ob. cit. p. 343-347.

2.10. Cambio que representan los peculios en el patrimonio familiar romano.

Por virtud de los peculios se estableció que no todo lo que adquirió el hijo era para la propiedad del paterfamilias, sino que tenía capacidad jurídica para adquirir para su propia persona y en su beneficio. Sin embargo, este principio no rigió de forma general; continuaron existiendo tres casos en los que el paterfamilias quedaba todavía como propietario de ciertos bienes adquiridos por el hijo. Estos casos son:

2.10.1. Bienes que adquiría el hijo ex res patris, es decir, mediante un equivalente dado por el padre.

2.10.2. Los bienes dejados al hijo por un tercero.

2.10.3. Las donaciones que el mismo padre hiciera a su hijo, las que por virtud de la existencia de actos jurídicos válidos entre ellos podía el padre revocar mientras viviera. (37)

(37) ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA; p. 824.

CAPITULO III

FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD ROMANA

- 3.1. De los Esposales.
- 3.2. Del Matrimonio
- 3.3. Del Concubinato.
- 3.4. Calibato.
- 3.5. De las Segundas Nupcias.
- 3.6. Formas de disolución del matrimonio.
 - 3.6.1. Del Divorcio.
- 3.7. De las Justas Nupcias: requisitos y efectos jurídicos.
 - 3.7.1. Requisitos para contraer Justas Nupcias.
 - 3.7.2. Efectos jurídicos de las Justas Nupcias.
 - 3.7.3. Requisitos para contraer Justas Nupcias de acuerdo a la opinión de la Lic. Beatriz Bravo Valdés.
- 3.8. De la Marus.
 - 3.8.1. Del matrimonio con marus.
 - 3.8.2. Del matrimonio sin marus.
- 3.9. De la Filiación.
- 3.10. De la Legitimación.
- 3.11. De la Adrogatio.
 - 3.11.1. Formas de la Adrogación.
 - 3.11.2. Efectos de la Adrogación.
 - 3.11.3. Diferencias entre Adrogación y Adopción en sentido estricto.

3.12. De la Adopción.

3.12.1. Formas de Adopción.

3.12.2. Efectos de la Adopción.

3.13. Extinción de la Patria Potestad referida especialmente a la Emancipación.

3.14. Extinción de la Patria Potestad en sentido romano.

3.1. De los Espensales.

Consiste en el acuerdo mutuo que se hacen los futuros cónyuges o sus padres de celebrar el futuro matrimonio. El nombre sponsalia prueba que se celebró primero en la forma más antigua llamada sponsalia, al cual constituye un contrato verbal para el celebramiento del futuro matrimonio. Se sabe que en las ciudades del Lazio el contrato de espensales tuvo obligatoriedad jurídica a través de la actio ex sponsu. Esto mientras se les otorgaba la ciudadanía romana a los habitantes de estas ciudades. Sin embargo, en el derecho romano la figura de espensales no producía ninguna obligación jurídica de contraer el matrimonio así prometido.

El acuerdo hecho por los espensales era de carácter ético, más no jurídico, pero ello se quería decir que no tuviera algunas consecuencias secundarias de índole jurídica como era que se reconocía el lazo que unía a los esposos y otras que se derivan de la institución de las arras y de las donaciones espensalicias.

Entre de la primera se encuentra la cuasifinidad la cual determinaba si existía algún impedimento para celebrar el futuro matrimonio, se refería al perjuramento entre las familias y eran la concesión de acciones al prometido por ofensas dirigidas a la prometida (actio iniuriarum accusatio iure maritii); la consideración como pariente del contrayente que mata al otro o a los padres del mismo; la aplicación de algunas disposiciones relativas a la dote, cuando lo haya recibido anticipadamente el esposo. En el derecho Justiniano la infidelidad de la prometida se consideraba adulterio--

rio.

Durante el derecho postclásico en virtud de las instituciones de las arras, los esposales se siguieron considerando como un vínculo meramente moral. En el derecho Justiniano si los prometidos ya se habían entregado las arras el que no cumpliera de los dos sin justa causa, debía devolver el duplo de las que recibió, pero ese no es todo ya que antes de Justiniano se tenía que devolver el cuádruplo de lo que se había recibido. Respecto a los regalos una constitución de Constantino dispuso que si el matrimonio no se celebraba, podía pedirse la devolución de los regalos que se hubiesen hecho entre o para los futuros esposos.

Lo mejor que hubiese recibido ya al base espousalicio (concelo intervenuto), no restituía mas que la mitad de lo obsequiado, aunque la causa de no poderse celebrar el matrimonio fuese la muerte del propio esposo o esposa.

Respecto de la capacidad para contraer espousales se establecieron los mismos requisitos que para contraer matrimonio, excepto las referentes a la edad para celebrarlo, fijada en el derecho Justiniano en siete años y los impedimentos de cardeter temporel como el tempus lugendi para las viudas.

De los espousales se sabe que en tiempos primitivos se celebraban por los padres y no por los futuros cónyuges, cosa que cambió al pasar el tiempo ya que durante el derecho histórico además del consentimiento de los padres se requería el consentimiento de los futuros esposos. Así se consideraba suficiente la falta de --

oposición expresa por parte de la futura esposa para que el matrimonio no se celebrara.

Además de la muerte y de la aparición de cualquiera de los impedimentos para contraer matrimonio, los esposales, como no cabe de ellos ninguna obligación de carácter jurídico pueden disolverse por la mutua disensión, o con la simple declaración de una de las partes de no querer celebrar el matrimonio (*repudium*), con pena o sin pena según que haya o no justa causa para no celebrarlo. (18)

3.2. Del Matrimonio.

El matrimonio romano era considerado así cuando existía la intención del hombre y la mujer de ser marido y mujer y por tanto, vivir juntos, con el objeto de procrear y educar a sus hijos. Tal intención era llamada en Roma *affectio maritalis*. El matrimonio romano fué siempre de carácter monogámico, pues tantas la idea de formar una familia y mantenerla limpia de cualquier otro relación que no fuera la de matrimonio-familia.

Con Justiniano se estableció que el matrimonio tenía como característica esencial el de la intimidad y comunidad de vivir entre los esposos de forma ideal y perpetua, esto era llamado *indivisa vitae consuetudo*.

(18) J. ANAS BARRIOS: Derecho Romano II; 14. ed. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, p. 710-719.

La celebración del matrimonio romano no tenía necesidad de ninguna forma jurídica en especial, sin embargo iba acompañado de ciertos ritos, fiestas y ceremonias que variaron conforme al paso del tiempo. La ausencia de formas jurídicas en el matrimonio romano correspondía a su esencia cuyo objeto era el de vivir juntos con intención marital y cuando estas dos circunstancias se encuentran unidas, el matrimonio romano existía. El consentimiento en el matrimonio romano no debía ser de carácter inicial sino duradero, continuo, para cumplir los dos fines antes mencionados.

El matrimonio romano por carácter de alguna formalidad para celebrarlo, podía llevarse a cabo entre acentos, los cuales tenían que manifestar su intención de cohabitar y de intención marital por carta o mensaje, con la condición de que la mujer entre a vivir en la casa del hombre con el objeto de cumplir los dos requisitos que constituían el matrimonio. El matrimonio de acentos se ha entendido siempre que el acento debe ser el hombre y nunca la mujer, pues ésta es la que deberá entrar en la casa del marido y no el marido en la casa de la mujer.

En cuanto al requisito de la *affectio maritalis*, se demostraba mediante las declaraciones de los cónyuges o de sus parientes y amigos, pero más que nada mediante el honor matrimonii, que es el modo en que deben tratarse los cónyuges entre sí y ante la sociedad, conservando la mujer la posición social del marido y su dignidad de esposa.

Los romanos no conocieron la eficacia jurídica que los péc-

blos de oriente por ejemplo le asignaban a la cédula o unión carnal. Ellos simplemente tomaron como máxima del matrimonio los dos requisitos antes mencionados con los que se entendía que existía - el matrimonio. [38]

3.3. Del Concubinato.

Se estableció por la legislación imperial a partir de Augusto y era la unión de un hombre y una mujer de carácter no matrimonial a base de una unión mutua de vida. La concubina, a diferencia que en el matrimonio, no recibe el nombre de uxor, no comparte en forma jurídica el poder y el rango o posición social del marido, pero sí entra en la patria potestad de su progenitor. El concubinato es incompatible con un matrimonio ya establecido pues como ya mencionamos éste es de carácter monogámico.

Según la Lex Julia de Adulteris las mujeres de concubinato - eran aquellas que tenían baja condicida por su conducta, por su rango social o por su situación jurídica.

Durante la época del cristianismo los padres castigaron severamente al concubinato y en la época del Bajo Imperio se expedieron una serie de disposiciones que restringieron todas las disposiciones en las que se había favorecido a la concubina y a sus hijos.

En el derecho Justiniano el concubinato fue la relación es-

[38] Véase también: Instituciones de Derecho Romano, Ira. ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1963, p. 180-183.

table con mujeres de cualquier condición o de cualquier rango social, ingenua o liberta, con la que se deseara tener una relación estable pero no se quería celebrar matrimonio. (40)

1.4. Celibato.

A fines de la República viene una grave crisis de nupcialidad debido al relajamiento de la moral romana. Esto llega al extremo de que se tengan que tomar medidas extremas contra el celibato. Las leyes caducarias que eran: la Lex Julia de maritandis ordinibus y la Lex Papia Poppaea, castigaban severamente la condición jurídica del soltero, pues esto provocaría que se fuera extinguiendo el matrimonio considerado en Roma como la base de su sociedad.

La Lex Julia prohibió a los solteros recibir herencia por testamento así como tampoco legados; La Lex Papia castigó a los célibatas sin hijos a una cosa semejante a la anterior, aunque restringida a la mitad. Así mismo de modo inverso se otorgaron beneficios a aquéllas que estuvieran casadas y tuvieran hijos, o por lo menos lo tuvieran concebido.

Quedaron fuera de las sanciones de las leyes caducarias los menores de veinticinco años y mayores de sesenta, en el caso de que fueran hombres, también para el caso de que fueran mujeres las

(40) ROSENLOFF 2004: Instituciones de Derecho Privado Romano; Editora Nacional Edicel, 1975, p. 283.

menores de veinte y mayores de cincuenta, así como las viudas en el año siguiente a la muerte del marido, y las divorciadas durante los seis meses siguientes del divorcio.

Las leyes caducarias fueron muy criticadas, siempre lucharon porque fueran suspendidas, trataron de borrar sus efectos: se hicieron varias modificaciones a éstas por el descontento del pueblo romano hasta que el emperador Justiniano acabó por suprimirlas.

[41]

3.5. De las Segundas Nupcias.

Con todos los castigos impuestos por las leyes caducarias a los célibes, se tiene la obligación de contraer segundas nupcias aún cuando éstas no eran bien vistas por los ciudadanos romanos.

Uno de los principales efectos de contraer segundas nupcias, fué el de privar al cónyuge de los beneficios obtenidos en el primer matrimonio, hasta el caso de quitarle los bienes obtenidos y el usufructo que le correspondiera, con el objeto de proteger los hijos del matrimonio anterior. Ahora llamados cónyuges biautos.

Se dieron ciertas disposiciones de difavor para los que contrajeran segundas nupcias y fueron:

a) Que el cónyuge biauto perdiera en favor de los hijos de su primer matrimonio la propiedad de los lucra nuptiales.

[41] JORGE HERNANDES TEJERO, Legislación de Derecho Romano, 1ra. ed., Ediciones Darro, Madrid, 1978, p. 298.

b) La de no poder dejar por testamento al nuevo cónyuge, una porción mayor que la dejada al menos favorecido de los hijos del matrimonio anterior.

c) La de tener que prestar caución si quedó obligado a pagar legados en favor de hijos, hermanos o sobrinos.

d) La de considerar válida la condición de viudar impuesta al cónyuge supérstite a cuyo favor hacía el promuerto una disposición testamentaria, condición admitida por Justiniano en su novela 33.

Las disposiciones que se dictaron para las madres viudas -- fueron la de perder el derecho de educar a los hijos; las de la tutela y la facultad de revocar por ingratitud las donaciones que se le hubieran hecho a sus hijos. (42)

3.6. Formas de disolución del matrimonio.

En Roma el matrimonio se disolvía por la muerte de alguno de los cónyuges, por la pérdida de la capacidad o de la affectio maritalis. La capacidad se perdía con la pérdida de la capitis diminutio máxima de uno de los cónyuges, ya sea por hacerse esclavo de algún particular, por condena o por caer en poder del enemigo. Por medio de la capitis diminutio media se perdía la ciudadanía romana y se generaba la deportación, por ésta no se destruía el matrimonio lo convertía en iuris gentium. La capacidad cae

(42) Ibid. p. 298.

también con el incestus superveniens, por medio del cual el suegro adoptaba al yerno convirtiéndose así en hermano de la esposa. En el derecho Justiniano se suprime el veto así como la manera de disolver un matrimonio en el caso de que una liberta se casara con un senador. Para resumir un poco el tema, el matrimonio romano se disolvía por la falta de la *affectio maritalis* en uno o en ambos cónyuges.

3.6.3. Del Divorcio.

Era la forma más usual para disolver los matrimonios romanos; no revestía forma alguna para celebrarlo, bastaba un simple aviso en forma verbal o un simple escrito (per litteras), o por mensaje (per nuntium).

Existían formas sociales para disolver el matrimonio como lo era la intimación (*stus res tibi habeto*), la cual iba dirigida a la mujer: mientras que en la Edad Imperial se siguió la costumbre de mandar por escrito (*libellus repudii*), la disolución del vínculo matrimonial.

Es importante mencionar que para la mujer no era tan fácil divorciarse como lo era para el marido, ya que como las esposas quedaban bajo la potestad o manus del marido les impedía en forma absoluta desvincularse de ellos. Este obstáculo fue eliminado al fundarse la República, pudiendo las mujeres casadas con manus separarse de su marido y además obligarlo a renunciar a la manus maritima ante el acto de la emancipatio.

Los divorcios comenzaron a tener más auge cuando se hicieron

permitidos dentro de la sociedad romana; esto provocó conflictos - internos entre los mismos ciudadanos romanos pues no concebían el hecho de que el matrimonio desapareciera, siendo que ellos lo celebraban con el objeto de que existiera la affectio maritalis y la procreación de los hijos. No es sino hasta el triunfo del Cristianismo cuando los emperadores cristianos comienzan la lucha contra el divorcio. Se empezó por distinguir lo que era el divorcio verdadero y el propio, por mutuo consentimiento y al divorcio unilateral o repudio. El divorcio unilateral que no tuviera una causa justa para su celebración se lo consideraba como ilícito.

Durante el derecho Justiniano se hizo una cuádruple distinción del divorcio: Existía el divorcio por mutuo consentimiento, el repudio o divorcio unilateral, el divorcio unilateral sine - - cause y el divorcio bona gratia, que significaba el divorcio por causas ajenas a cualquiera de los cónyuges.

El divorcio por mutuo consentimiento era plenamente lícito; el divorcio unilateral era lícito con base en la justa causa; el divorcio sine cause era ilícito y por lo tanto castigado; el divorcio bona gratia era lícito y permitido sólo en tres casos: la elección de la vida claustral, la impotencia incurable y la prisión de guerra del otro cónyuge.

Justiniano quiso castigar aún el divorcio por mutuo consentimiento imponiendo a los divorciados el retiro para siempre a un convento y perder todos los bienes en favor de los hijos o de los ascendientes del mismo convento. Justino II sucesor de Justiniano,

se vió obligado a restaurar el divorcio por mutuo consentimiento - como lícito estableciéndolo en La Novela 140 la cual forma parte - también del Corpus Iuris.

Sólo el derecho canónico consideró al matrimonio como perpetuo haciéndolo indisoluble por naturaleza. Se cree que esto reforzó el matrimonio y lo hizo como un contrato. (43)

3.7. De las Justas Nupcias: requisitos y efectos jurídicos.

Se dice que los hijos nacidos de un concubinato que se considere verdadero son naturales libres, o sea que están sujeta de patria potestad; así mismo los hijos nacidos de relaciones transitorias son considerados spurii, mientras que los nacidos después de ciento ochenta y dos días, contados desde el comienzo de las Justas Nupcias, o dentro de los trescientos días contados desde la terminación de éstas, son consideradas como hijos legítimos del marido de la madre, salvo la prueba a cargo del marido de la madre, de que no haya podido tener contacto carnal con ella, sea a causa de un viaje, sea por enfermedad, impotencia, etc.

Respecto a lo anterior es de importancia hacer notar que el derecho mexicano presume que tal hijo es fruto del matrimonio en el cual nació, aunque fuera concebido antes, limitando drásticamente la facultad del padre de combatir tal presunción.

[43] FERRER MONTAÑA, *ob. cit.*, p. 189-194.

En la época Clásica, los hijos nacidos de justas nuptiae respecto de los cuales el padre no haya intentado, o no haya logrado, comprobar la imposibilidad precitada, caen bajo la patria potestad. Los hijos, pueden reclamar alimentos del padre y a su vez tienen - el deber de proporcionarlos.

En el caso de que fueran hijos, desde esta época, tienen derecho, además, (desde el emperador [Augusto] a que el padre les dé una dote adecuada a su clase social.

Otras consecuencias del nacimiento en justas nuptiae son que los hijos deberán obtener el consentimiento del padre para celebrar a su vez un "justo matrimonio", y que el padre tiene un derecho de administración y usufructo sobre determinadas bienes adquiridos por el hijo.

En cuanto a la prueba de filiación, el derecho romano admite lo siguiente:

- 1.- Una comprobación mediante los registros públicos de nacimiento.
- 2.- La comprobación de constante posesión de estado de hijo legítimo.
- 3.- En último caso, la prueba testimonial.

Es importante mencionar que en el derecho romano se configuran estas soluciones para poder determinar la legitimidad de un hijo y como consecuencia el ejercicio de la patria potestad sobre él, sin embargo es preciso que la prueba testimonial se acompañe -

siempre de algún otro medio probatorio para que surta efectos.

3.7.1. Requisitos para contraer Justas Nupcias.

El derecho romano posterior al Renacimiento divide los requisitos respectivos en dos grupos:

- a) Una categoría más importante, cuya violación es un impedimentum dirimens, causando la nulidad del matrimonio.
- b) Otra categoría de requisitos, cuya inobservancia no es — más que un impedimentum impediens, que puede dar lugar a las multas, sanciones disciplinarias para el funcionario desobedido, etc... pero no a la nulidad del matrimonio.

La distribución de los requisitos en las dos categorías ha variado algo en el curso de la historia jurídica occidental. Dichos requisitos son originalmente:

a) Que los cónyuges tengan el *connubium*.— Antes de la *Lex Cincia* de 445 a. c., esto quería decir que ambos fueran de origen patricio; posteriormente, significa que ambos sean de nacionalidad romana o pertenecían a pueblos que hayan recibido de las autoridades romanas el privilegio del *connubium*.

b) Que sean sexualmente capaces.— El hombre mayor de catorce años; la mujer, mayor de doce. Así, el suceso no podía celebrarse justas nupcias. El derecho canónico medieval no quiso reducirse en este punto a límites demasiado estrictos y cruzó la fórmula de que *nil in supplet aetatem*.

c) Que tanto los cónyuges como sus eventuales paterfamilias

hayan dado su consentimiento para el matrimonio y que éste no adolezca de vicios (error, dolo, mala fe).

d) Que los cónyuges no tengan otros lazos matrimoniales. La transición monogámica romana es más fuerte que la tradición poligámica del Antiguo Testamento, la tradición germánica de las "Nebenfrauen", y la naturaleza humana. Ello no impide que la facilidad para obtener el divorcio permita a los romanos una poligamia sucesiva.

e) Que no exista un parentesco de sangre dentro de ciertos grados entre los cónyuges.

El límite de lo permisible en el parentesco colateral ha variado generalmente entre tres y cuatro grados. La fase oratoria del desarrollo romanista añadió, a este respecto, el parentesco espiritual (padrinos y ahijados), al civil, y extendió la prohibición hasta incluir a los afines (hermana de la difunta esposa, etc.), aumentándose en la Edad Media hasta catorce los grados de prohibición, severidad suavizada por la posibilidad de las dispensas.

f) Que no exista una gran diferencia de rango social, requisito acusado que no ha logrado sobrevivir en nuestra era de igualdad cédrica. Para el matrimonio es necesario cierta similitud de educación y de intereses.

g) Que la viuda deje pasar un determinado tiempo luctus (44)

(44) *Caritas legitima*.- Período de luto de 10 meses que debía guardar la mujer en duelo de su marido y en el cual no podría contraer matrimonio de nuevo. Incurría en infamia el segundo marido, los concordantes que consentían el matrimonio y la propia mujer.

para evitar la turbatio sanguinis (45), requisitos que se extendió también a la mujer divorciada y que pasó al actual artículo 159 -- del Código Civil que a la letra dice:

"La mujer no puede contraer matrimonio sino hasta pasados -- trescientos días después de la disolución del anterior, a menos -- que durante ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nuli-- dad o de divorcio puede contraerse este tiempo desde que se inte-- rumpió la cohabitación".

h) Que no exista una relación de tutela entre ambos cónyuges. Sólo después de terminar la tutela y rendir cuentas, el ex-tutor -- puede casarse lícitamente con su ex-pupilo.

i) Además, dispuestas en las fuentes, encontramos restriccio-- nes que son de carácter negativo. Así, el justo matrimonio no pue-- de celebrarse entre adúltera y amante, entre raptor y raptada (dig-- posición ya derogada en nuestro derecho), con personas que hayan -- hecho voto de castidad (derogado en el derecho mexicano), entre un gobernador y la mujer de su provincia, etc.

Es importante mencionar que en aquella época el soldado no -- podía contraer justo matrimonio, porque se le quiso dar la patria-- potestad a personas que por su trabajo deberían conservar su libe-- tad de movimiento.

(45) Turbatio sanguinis.- Confusión de sangre, incertidumbre sobre la filiación del hijo en caso de segundas nupcias de la madre sin haber dejado transcurrir el tiempo lugendi entre el fallaci-- miento del primer marido y el segundo matrimonio, igualmente ocurre con la mujer divorciada que contrae segundas sin haber transcurrido seis meses de la disolución del matrimonio anterior.

1.7.2. Efectos jurídicos de las Justas Nupcias.

Los efectos jurídicos de las justas nupcias son los siguientes:

1.- Los cónyuges se deben fidelidad.- A este respecto el derecho romano trata en forma más severa a la esposa que al marido, ya que la infidelidad de la mujer introduce siempre extraña a la familia. Las "aventuras" del marido siempre que no tengan lugar en la casa del domicilio conyugal, no son causa de divorcio; en cambio, la mujer adúltera comete siempre un delito público.

2.- La esposa tiene el derecho, y también el deber, de vivir con el marido. Este puede reclamar la entrega de la esposa, si ésta se queda sin su permiso en una casa ajena.

3.- Los cónyuges se deben mutuamente alimentos, y éstos se determinan en vista de las posibilidades del que los debe y de las necesidades del que lo pide.

4.- Los hijos nacidos de matrimonio caen bajo la patria potestad de su progenitor (salvo que este fuera un peregrino con -- conubium).

5.- Los hijos de justo matrimonio siguen la condición social del padre (por ejemplo la condición senatorial).

6.- Los cónyuges no pueden hacerse mutuamente donaciones, es to es para que no se priven recíprocamente de sus bienes por mutuo amor. El derecho moderno amplía y al mismo tiempo restringe -- este principio. Lo ha hecho extensivo a todo contrato entre cónyug

ques, son válidas, pero revocables en todo tiempo.

Donaciones Propter Nuptias.- Llamadas así por Justiniano -- quien admitió con un criterio todavía más amplio que sus anteceso- res que se pudiesen hacer donaciones entre los cónyuges aún des- pués de celebrado el matrimonio. Justiniano se refiere a todas -- las donaciones que se podían hacer los esposales, los cuales ya -- mencionamos con anterioridad en el título de esposales. De ahí -- que estas donaciones perdieran el nombre de ante nuptias, designán- dolas sólo cuando se tratara de esposales, mientras que ya cele- brado el matrimonio pasaban a ser donaciones propter nuptias.

(46)

7.- Desde la época de Augusto se prohíbe a la esposa que sea ya fiadora del marido, disposición que el senadorconsulto Voleyano, de 46 D. C. amplió considerablemente, quitando los efectos procesa- les a toda fianza otorgada por una mujer para garantizar obligacio- nes, no solo de su marido, sino también de un tercero.

8.- Un cónyuge no puede ejercer contra el otro una acción -- por robo. El derecho moderno ha suavizado esta restricción en el sentido de que en este caso sólo se persigue a petición de víctima.

9.- En materia civil la condena que obtenga un cónyuge con- tra el otro, no puede ir más allá de las posibilidades de la parte vencida, de manera que tal condena pueda privar al vencido de sus

(46) ROSENLOFF SOBER; ob. cit., p. 193.

bienes santuarios, etc. pero debe dejarle un mínimo para poder subsistir de acuerdo con su rango social. Esta idea se ha sido recogida por el derecho moderno; pero si la condena que obtiene la esposa causa la ruina definitiva del marido, la esposa le deberá alimentos, de acuerdo con el artículo 162 del Código Civil que a la letra dice: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines de matrimonio y a socorrerse mutuamente".

10.- En caso de quiebra o concurso del marido, se presume -- que cuanto haya adquirido la esposa en el matrimonio, procede del marido y entra en la masa de la quiebra. Si se trata de adquisiciones hechas por la esposa con ingresos propios, a ella corresponde comprobar esta circunstancia.

11.- La viuda pobre tiene ciertos derechos, bastante limitados, a la sucesión del marido, si éste muere intestado.

12.- La afinidad con la suegra, con el suegro, constituye un impedimento para matrimonio con éstos, después de disolverse el matrimonio del que surgió esta forma de parentesco. (47)

3.7.3. Requisitos para contraer Justas Nupcias de acuerdo a la opinión de la Lic. Beatriz Bravo Valdés.

Después de haber comentado los efectos jurídicos del matrimonio veremos cuáles son los requisitos:

(47) MARGADANT: ob. cit. p. 219, 211.

1.- La pubertad.- Con esta palabra se designa en el hombre la aptitud de engendrar y en la mujer la aptitud de concebir. La exigencia de la pubertad se aplica por el fin mismo del matrimonio que consiste en la perpetuación de la especie. La edad de la pubertad se fijó para las mujeres en doce años y la del hombre era de catorce años, fijada finalmente por Justiniano.

2.- El consentimiento de los contrayentes.- Este requisito es indispensable para que se contraiga matrimonio y de aquí se deduce que:

- a) Un loco no se casará válidamente si no es en un intervalo lúcido.
- b) Un paterfamilias no puede, al menos en el derecho clásico, imponer a su hijo o a su hija un matrimonio que ellos no quieren.
- c) Un patrón no puede bajo el pretexto de la reverencia que le debe su liberto, obligarle a contraer matrimonio.

3.- El consentimiento del paterfamilias.- El derecho de los ascendientes para consentir o prohibir el matrimonio de sus descendientes deriva de la potestad paterna, de la cual es un atributo. Este derecho, aún cuando pueda usarse en beneficio del hijo, se constituye de acuerdo a los intereses del padre, de ahí que resulte lo siguiente:

- a) Los ascendientes maternos y la madre misma jamás son consultados.
- b) Tampoco lo son los ascendientes paternos que ya no tienen potestad, por lo que respecta a las nietas, hasta el con-

- sentimiento del abuelo, por lo que respecta a los nietos, se requiere el consentimiento del abuelo y el padre. [48]
- c) Cualquiera que sea la edad del hijo necesitará el consentimiento del paterfamilias.
- d) El hijo sui iuris p6bero, se casará v6lidamente sin consultar a nadie. Sin embargo, en el Bajo Imperio una constituci6n de Valente Valentiniano, obra de Teodosio el Joven y Honorio, dispusieron que las mujeres sui iuris, viudas o solteras, no podían contraer matrimonio ni casarse libremente mas que a la edad de veinticinco a6os, antes de esa edad debían tener el consentimiento de su padre, madre o de los parientes m6s cercanos, inclusive la autoridad del tutor en caso de ser sui iuris y casarse sine manus.

Sin el consentimiento del paterfamilias no hay matrimonio y si existe una uni6n de hecho, el infante no ser6 justus, legitimo, no cayendo, por tanto, bajo la potestad paterna.

- e) El hijo del que cay6 prisionero del enemigo, si su padre no vuelve en un plazo de tres a6os, puede contraer matrimonio. Cuando el padre est6 ausente y se ignora su paradero, si transcurren tres a6os, se le prohíbe que sea de los cuerdientes de ambos sexos contraigan matrimonio conforme a la ley.

[48] Porque cuando moría el abuelo el hijo se volvía sui iuris y tenía potestad sobre sus hijos y esposa.

4.- El *conubium*.- Es el concepto para designar el matrimonio mismo; es una de las ventajas que confiere en el orden privado la ciudadanía romana; por tanto tenían *conubium* los ciudadanos romanos, los *latini veteres* y aquellas personas a quienes por concesión especial se otorga esta ventaja. (49)

5.- Era necesario que no tuviera ninguna unión anterior ya que el matrimonio era monogámico; en ninguna etapa se conoció la poligamia o la poliandria y la bigamia era castigada con pena pública.

3.8. De la *Mans*.

Para poder comprender el matrimonio con *mans* y el matrimonio sin *mans*, es necesario comprender primeramente el término de *mans*. Todo el derecho romano se agota en resolver si una persona tiene poder sobre otra o sobre una cosa. El matrimonio romano no está considerado dentro del *ius civile* ya que no reviste formalidad alguna para celebrarlo además de que el Estado no interviene para celebrarlo; de tal manera que como el matrimonio moramento *in mans* no producía modificación alguna en la distribución de cosas o personas, el padre conservaba la patria potestad sobre su hija casada con otro romano si estaba casada *in mans*; sin embargo la mujer sui *juris* que celebraba matrimonio *in mans*, conservaba el

(49) BEATRIZ BRAVO VALEZ: Primer Curso de Derecho Romano, Ed. - Pae-México, México, 1969, p. 143, 144.

poder sobre sus propios bienes. (54)

Sin embargo, en tiempos Imperiales, cuando penetran en Italia las influencias de oriente y, con ellas, la tendencia a considerar al matrimonio romano como un acto jurídico formal, los juristas consultos sienten la necesidad de acentuar el tradicional carácter informal del matrimonio romano, como se demuestra en *Corpus iuris*. Este matrimonio que no pertenece directamente al *Ius civile* y no reviste forma jurídica alguna, puede combinarse con una institución netamente jurídica que es la *manus*. Si consideramos la *domus romana* como una pequeña entidad política, una especie de monarquía doméstica, entonces podemos ver la *manus* con una notacionalización doméstica de la mujer en la *domus* del marido.

Una vez que la esposa había entrado en una *domus* distinta a la original, el nuevo paterfamilias, su suegro o su marido, tenía un poder sobre ella análogo al que tenía sobre sus hijos. Mediante la *conventio in manum*, la esposa entraba en la nueva familia como filia, es decir, en el lugar que correspondía a una hija; así, en el *Ius civile* la esposa es tratada (con *manum*), en relación con varias materias, es decir, si se trata de la repartición de la herencia de su marido, como si fuera hija de su propio cónyuge.

(54) Se debe mencionar que en un principio todo poder o potestad tenía el nombre de *manus*; se fué definiendo el concepto de poder para cada tipo de personas y cosas; nació la patria potestad que es el poder sobre los hijos, el *mancipium* para los hombres libres, etc.

Pasó el tiempo y cayó en desuso la manus, sin embargo el matrimonio continuó conservando el poder en el matrimonio romano, y la tremenda decadencia social e intelectual de la mujer en la época postclásica, condenando a la mujer a los trabajos del hogar, pone la realidad social en armonía con el derecho. Sólo los jurisconsultos jusnaturalistas de la época de las Luces comienzan a dudar si tal situación de inferioridad de la mujer correspondía realmente al derecho natural. (51)

3.8.1. Del matrimonio con manus.

El conventio in manus se verificaba de tres modos:

a) Como consecuencia sucesiva de un matrimonio celebrado en forma de Confarreatio, ceremonia religiosa en honor de Júpiter, Farreus, en presencia de un flamen de Júpiter, y durante la cual los cónyuges debían comer pastel de trigo. Aquí parece, a primera vista, que encontramos una celebración formal de matrimonio, pero, analizando la figura con más cuidado, vemos que lo formal se debe al elemento conventio in manus y no al elemento "matrimonio". (52)

b) La conventio in manus pudo tomar la forma de una coemptio, acto solemne en que interviniesen el antiguo paterfamilias de la novia y el suegro, y que algunos autores consideran este acto -- como recuerdo de la compra de la esposa.

(51) SARGADANT. ob. cit. p. 198, 199.

(52) La mujer podía romper con el usus saliendo del hogar conyugal 3 meses antes de que se cumpliera el año, esto era llamado "usurpatio triaetium".

El También puede la manus resaltar del usus, por el cual una esposa, por el hecho de convivir ininterrumpidamente con su marido durante el último año, cambia nacionalidad domatiana. No se trata de un conventio in manus que operara por el transcurso del tiempo, sino que necesita para este cambio de la condición jurídica de la mujer, el consentimiento formal del original paterfamilias.

3.8.3. Del matrimonio sine manus.

En el matrimonio sine manus la mujer no sale de su familia natural, no haciéndose por tanto agnada de la familia de su esposo; ante ésta, no adquiría sobre ella ningún poder ni potestad; la mujer ocupaba ante el marido, el mismo plano de igualdad, no se le consideraba con respecto a él, como en el matrimonio cum manu, como loco filiae, que significa en el lugar de una hija. Se dice -- que cuando la esposa no debía estar bajo el poder del marido, se le permitía participar en las fiestas religiosas de su antigua domus para demostrar que seguía sujeta a ésta. De ahí que se dijera que la ausencia de la esposa durante tres días del hogar conyugal, fuera considerado como un indicio de que el matrimonio se había celebrado sine manu. Este matrimonio sine manu comenzó a tomar auge a fines de la República y señala la decadencia de la familia romana.

[53]

No obstante que el matrimonio se celebrara sine manus era -- considerado como justo matrimonio según el derecho romano; una de

[53] BRATSIS BRAVO VALDES; ob. cit. p. 150.

sus características es la de que los hijos nacidos siguen al padre_ (patria condicione[m] sequuntur), esto es, que entran en su patria - potestad adquiriendo así la ciudadanía romana. Se requiere para - que sea un justo matrimonio que ambos tengan el ius conubii men- cionado esto en las justas nuptias.

Es importante mencionar que no porque la mujer se casara - - sine manus iba a tener un matrimonio infeliz, creencias que se tie- nen hasta nuestros tiempos; pero en su caso incluso el matrimonio - sine manus iba acompañado de un ritual para su celebración en la - que se acompañaba a la novia desde su casa al lugar de celebración del mismo por las calles y en compañía de toda la familia. Era un matrimonio lleno de amor y felicidad. (54)

3.9. De la Filiación.

Quedan sometidos a la patria potestas de un paterfamilias -- sus hijos legítimos y los hijos legítimos de los varones que están ya bajo su poder. La filiación, esto es, el lazo natural que rela- ciona a un infante con sus autores, produce efectos más o menos -- extensos según la naturaleza de la unión de donde resulta. No don- de la filiación más plena es sin duda aquella que emana de las -- justas nuptias y que vale para los hijos la calificación de liberi_ iusti, hijos legítimos.

(54) RODOLFO SOHN, ob. cit. p. 283.

Se estableció que la filiación para producir efectos, debe ser legalmente cierta; según los principios romanos esta certidumbre existe siempre con respecto a la madre porque el parto es un hecho fácil de constatar. En cuanto a la paternidad, es naturalmente incierta, pero el matrimonio la suministra y ésta es su gran fin social un medio de determinarla legalmente con una verosimilitud que, en la mayoría de los casos será cierta. Combinando estas dos ideas: que la mujer ha debido cohabitar con su marido y que no ha debido hacerle con otro, los romanos presumieron la paternidad del marido.

Para saber si la mujer ha podido concebir durante el matrimonio, los jurisconsultos determinaron los límites extremos de la duración del embarazo basados en los estudios de los médicos griegos. Según éste, el límite menor del embarazo será de ciento ochenta días y el mayor de trescientos; de suerte que el hijo será lucrus (legítimo) si nace después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución de las nuptias -del matrimonio legítimo-, plazos que han pasado a las legislaciones modernas.

Los principales efectos de la filiación legítima son los siguientes:

- a) De lugar a la agnación o parentesco civil.
- b) Crea una obligación recíproca de darse alimentos y que goza el hijo comprendido además el beneficio de la educación.
- c) El infante debe respeto a sus ascendientes.

b) El padre comunica a sus hijos la calidad de ciudadano romano y su condición social. (55)

3.18. De la Legitimación.

La legitimación presupone una relación natural de padre a hijo, pero que excluye la idea de una potestad adquirida por efecto del nacimiento. Constituye para el padre una manera de adquirir y obtener la potestad paterna sobre sus hijos que han nacido *in iuris*. La legitimación más plena engendra en sus principios relaciones idénticas a aquellas que resultan del nacimiento *ex iustis nuptiis*. La legitimación, es una institución que pertenece al derecho civil, que no es aplicable a la madre, por no ser ésta la titular de la patria potestas, y que implica la certidumbre total y legal de la paternidad.

La legitimación de los hijos habidos con una concubina puede llevarse al cabo mediante el matrimonio subsiguiente: desde la época clásica los hijos nacidos de un matrimonio del derecho de gentes, caen bajo la potestad paterna mediante la *-causae probatio-* de demostración de una causa justificada, y cuando el emperador daba la ciudadanía tanto a un peregrino como a su familia.

Falta estudiar una tercera hipótesis conocida con el nombre de *-erroris causae probatio-* prueba de la causa de su error que =

(55) *SAUWATZ SEUVO VALDES*. Ob. cit., p. 145-146.

acontecía cuando un ciudadano romano tomaba como mujer a una latina o peregrina, creyéndola ciudadano, y engendraban un hijo, éste, al no haber *connubium* -facultad para contraer matrimonio legítimo- entre sus padres, no caía bajo la potestad del padre, sino que seguía la condición de la madre; uno o varios senadosconsultos decidieron que la prueba del error hecha después del nacimiento de un hijo, implicaría la conversión de esa unión en iustas nuptias -matrimonio legítimo-, lo que daría al padre la patria potestas sobre su hijo.

La legitimación, tal como la conocemos ahora, fue instituida en el Bajo Imperio en favor de los hijos nacidos del concubinato, pues el cristianismo lo consideró como un desorden legal y una mancha para los hijos. Desde entonces se juzgó equitativo que el padre pudiera lavar esa mancha reparando su propia falta; de ahí - la legitimación por matrimonio subsiguiente de los concubinos.

Constantino fue el primero en concebir la legitimación, pero no la permitía más que en favor de los hijos naturales, siendo también acordado esto por Teodosio. Justiniano finalmente, la reglamentó exigiendo tres condiciones:

1) Hace falta que en el día de la concepción no exista obstáculo legal para el matrimonio, lo que excluye la legitimación de los hijos adúlteros o incestuosos, así como de los nacidos en concubinato. (36)

(36) Unión carnal entre esclavos o de una persona libre con un esclavo y que carece de la consideración jurídica de matrimonio.

2) Es necesario que haya sido redactado un instrumentum - - dotale o nuptiale, sin duda alguna a fin de volver manifiesta la - transformación del concubinato en matrimonio.

3) Como la potestad paterna no obstante las ventajas que llega para los hijos no está establecida en su interés, ellos deben - consentir.

El procedimiento de la legitimación sirve para establecer la patria potestad sobre los hijos naturales y se realiza con una de las siguientes formas:

1.- El justo matrimonio con la madre, algo que no siempre -- era posible por cualquier circunstancia, pero que de realizarse los hijos caerían bajo la potestad del paterfamilias. (57)

2.- Un rescripto del emperador, se llevaba a cabo de esta - manera cuando el matrimonio de los padres no era aconsejable o posible de realizarse. El emperador solamente autorizaba la legitimación en caso de hijos legítimos ausentes.

3.- La obediencia a la curia.- Surgió en el Bajo Imperio, más de un siglo después de la legitimación por nacimiento, sin embargo, entró inmediatamente en la legislación romana como una institución de carácter fijo; se basó en las dificultades que presentaba el reclutamiento de la curia debido a la perversia del fisco. En esto ca

(57) Antecedente del Art. 314 del Código Civil:

El matrimonio subsiguiente de los padres hace que se tengan - como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su - celebración.

se el padre se hacía responsable de que su hijo aceptara la desagradable y arriesgada función de decurión, consejero municipal, -- que respondía con su propia fortuna del resultado de los cobros -- fiscales decretados por el exigente Bajo Imperio. Además el padre debía separar de su patrimonio inmuebles por cierta cantidad para garantizar la gestión de su hijo.

El derecho moderno todavía conoce la legitimación como un acto excepcional de establecer la filiación, solo que sus efectos -- son algo distintos debido al diferente alcance de nuestro derecho -- respecto de la patria potestad. En Roma, la legitimación de una persona mayor de edad hacía sufrir a ésta una capitia distinctio mínima, cosa que no sucede con nuestro derecho pues al contrario el hijo mayor legitimado no sufre una reducción de sus derechos sino que recibe importantes ventajas como son: derechos sucesorios, por sea testamentarios o abintestato, derecho al apellido del padre, -- derecho a alimentos. A cambio de todos estos beneficios al hijo legitimado solo se le impone el deber de dar alimentos al padre(s), cuando éstos caigan en la miseria o los necesiten. (58)

J.II. De la Adrogatio.

Permite que un paterfamilias adquiera la patria potestad sobre otro paterfamilias: la adrogatio está rodeada de los mismos requisitos de fondo que la adopción, la cual se estudiará más adelante

(58) MANGIANT, ob. cit., p. 293.

te; sin embargo su procedimiento formal es más severo por las siguientes razones:

Por la adrogación podía extinguirse eventualmente un culto de estirpe; también podía tener, como consecuencia, que una gens perdiera alguna rama dentro a favor de otra gens, lo cual podía perturbar el equilibrio político en la antigua Roma: como el adrogado entra con todo su patrimonio bajo el poder del adrogante, existía un peligro de adrogaciones inspiradas en motivos desheredatós.

Durante la Roma Republicana se exigió para instituirse la -- aprobación de los comicios por curias, con intervención sacerdotal; sin embargo cuando los comicios cayeron en desuso, se exigió el consentimiento de treinta listores, hasta que Diocleciano decidió que la aprobación personal del emperador era necesaria para la adrogación, además, claro está, el consentimiento del adrogante y adrogado.

La adrogación de impúberes sólo se permitió a partir de Augusto; la legislación trataba de proteger los intereses patrimoniales del adrogado. Si moría antes de llegar a la pubertad, el adrogante debía devolver el patrimonio del adrogado a los parientes originales de éste. En caso de ser desheredado por el adrogante, o en caso de ser emancipado, el adrogado recuperaba sus bienes originales. Además, en caso de desheredación, el adrogado podía reclamar una cuarta parte de lo que se le hubiera correspondido en caso de sucesión por vía legítima o abintestato.

El derecho Canónico Medieval, en su afán de contrariar a --

los padres pecaminosos, pero con resultados muy perjudiciales para los hijos, prohibió el establecimiento artificial de la patria potestad respecto de los hijos propios, adulterinos o incestuosos.

El sistema canónico mismo ha revisado esta severa actitud, - pero su posición anterior ha dejado huellas en el derecho civil de muchos países; no así en México, que ha orientado su legislación, sobre todo, al interés de los hijos (que no tienen la culpa de ser adulterinos o incestuosos), permitiendo que sean reconocidos por el padre, en estos dos supuestos excepcionales. (59)

3.11.1. Formas de la Adopción.

La adopción era designada así, porque el adoptante es rogado, es decir, interrogado si quiere que la persona a la que va a adoptar sea para él hijo según el derecho, y el que es adoptado, - se le pregunta si consiente que así se haga.

En la adopción se pueden distinguir tres épocas. En la primera el colegio de los pontífices debe estudiar el proyecto de la adopción, para ver si se llenaban los requisitos de edad, si no se trataba de una especulación pecuniaria y si efectivamente era necesaria para perpetuar a una familia. Después el proyecto es aprobado por los Comites per curias, ante los cuales se hacen tres preguntas o rogaciones: Una al adoptante: ¿Quieres tener al adoptado por iustus filius? La segunda al adoptado: ¿Consientes -

(59) Cfr. MARGADANT, Derecho Romano, p. 246, 246.

en que el adrogante adquiriera sobre él la patria potestad? La tercera rogatio se hacía al pueblo para saber si consignaba la voluntad de las partes.

En la segunda época los Comicios por Curias estaban representados por treinta lictores y es evidente que sólo la voluntad de los pontífices fue la que decidió. Véase resumidamente esta situación cuando se refiere a la adrogación de Pisón por Galba como hecha lege caelata apud pontíficos -por la ley curiata ante los pontífices.

En la tercera, la voluntad del príncipe termina por imponerse y sustituir a la de los pontífices. Este cambio es manifiesto bajo Diocleciano y se dice que la adrogación se opera Auctoritate Imperatoris -por potestad del emperador-. La investigación ahora es hecha por los magistrados.

La adrogación en un principio sólo podía ser hecha en Roma, donde se reunían los Comicios por Curias, siendo excluidos los impubes y las mujeres. Posteriormente, Antonio en Pisónes permitió que se adrogara a los impubes por rascripto, pero antes debía hacerse una cuidadosa investigación, no fuera que la propiciaran los tutores para liberarse de la tutela; hecho esto, todos los tutores debían dar su auctoritas. Para proteger los intereses de los herederos del pupilo, el adrogante debía prometer devolver y garantizar los bienes del adrogado al dote nuevo impubes. Para haber otras garantías para el pupilo adrogado: si llegada la pubertad no le convenía la adrogación podía hacer gestiones ante el ma-

gistrado para romperla; si era emancipado sin motivo por el adrogante, éste debía devolverle su patrimonio, también tenía derecho a la cuarta parte de la sucesión del adrogante -cuarta Antonina.

1.11.2. Efectos de la Adrogación.

El adrogado pasa bajo la potestad del adrogante con el mismo título que un descendiente nacido ex iustis nuptiis, también pasa a la nueva familia sus descendientes y todos ellos pierden los derechos de agnación inherentes a su antigua familia, tomando el nombre de la familia del adrogante; los bienes del adrogado pasan a poder del adrogante, posteriormente Justiniano dispuso que solo tuviere el usufructo de ellos quedando la nuda propiedad para el adrogado. La adrogación no altera el derecho de origen a efectos de desempeñar los cargos y de participar en las cargas municipales, pero el adrogado queda obligado además a las cargas del municipio del adrogante. Si más tarde fuere emancipado, no solo deja de ser hijo del adrogante, sino también ciudadano de aquella ciudad. (60)

1.11.3. Diferencias entre Adrogación y Adopción en sentido estricto.

Existen algunas diferencias entre la adopción en sentido estricto y la adrogación, y pueden señalarse las siguientes:

1.- La condición jurídica en el caso de la adrogación cambia, pasa de ser sui iuris a alieni iuris; mientras que en la adopción

(60) BEATRIZ BRAVO VALDES, ob. cit. p. 145-148.

el adoptado solamente cambia de jefe de familia.

3.- En la arrogación el patrimonio del arrogado pasa a formar parte del patrimonio del arrogante; en adopción no ocurre esto.

1.- Cuando alguien se daba en arrogación se extinguía un ente familiar y se generaba gran polémica tanto política como religiosa.

4.- En la arrogación era preciso que el arrogante tuviera sesenta años al momento de celebrarse la arrogación. [61]

1.12. De la Adopción.

Mediante la adopción el paterfamilias adquiría la patria potestad sobre el filiusfamilias de otro ciudadano romano. Este último debía prestar, desde luego, su consentimiento para ello.

En aquellos días para que se celebrara la adopción, se llevaba a cabo mediante tres ventas ficticias de la persona por adoptar. Vendiendo a ésta tres veces y recuperando su patria potestad después de cada venta, el antiguo paterfamilias perdía la patria potestad, según las XII Tablas; y después de la tercera venta, el adoptante reclamaba ante el pretor la patria potestad sobre la persona por adoptar, cuyo antiguo paterfamilias figuraba en este proceso ficticio como demandado. Como éste no su Galenda, el magistrado aceptaba luego, como fundado, la acción del actor adoptante.

[61] JORDI ESCOBARRE TELLER, *ob. cit.* p. 383.

Así se combinaron tres ventas ficticias con un proceso ficticio para llegar al resultado de la adopción.

Justiniano decide que tal acumulación de ficciones no es necesaria y que basta con una mera declaración ante el magistrado, hecho por ambos paterfamilias.

Como *adoptio naturalis imitatur*, el adoptante debía tener dieciocho años más que el adoptado y la *adoptio* creaba los mismos impedimentos matrimoniales que la filiación natural. El derecho imperial solo permite la *adoptio* a ancianos mayores de sesenta años. [62]

Como el adoptado está de su familia original, perdía allí sus derechos sucesorios; y, en el caso de su nuevo paterfamilias -- lo emancipara, se encontraba de pronto desprotegido totalmente, -- privado de todo derecho sucesorio abintestato. Por eso, Justiniano declaró que el adoptado, además de adquirir un derecho sucesorio abintestato con relación al adoptante, pero no respecto de los parientes de éste, conservaba tal derecho dentro de su familia original. Además normalmente, el adoptante no adquiría la patria potestad sobre el adoptado. Esta *adoptio*, estructurada por Justiniano, es realmente una sombra de lo que esta figura había sido -- originalmente. [63]

[62] Durante Justiniano fue prohibida la *adoptio* a los castrados que tuvieran 18 años si adoptaban a un hijo y 16 años si -- adoptaban nieto.

[63] MARGADANT, *ob. cit.* p. 293, 304.

3.12.1. Formas de Adopción.

Fue Justiniano quien estableció dos tipos de adopción radicalmente distintos:

a) **Adoptio Plena.**- Es la adopción tal como había sido conocida en el derecho romano antiguo; el adoptado de una manera completa, ingresaba como un nuevo miembro del grupo familiar encabezado por el paterfamilias, adoptante, con todos los derechos por el paterfamilias y obligaciones de todos los que se hallaban sometidos a la potestad del jefe; adquirían nombre, pronomes patronímico, tomaban parte en las solemnidades del culto doméstico, se consideraba agrado en el nuevo grupo de la familia. En esta figura el adoptante adquiere la patria potestad si el adoptado es menor de edad.

b) **Adoptio Minus Plena.**- Fue creada por Justiniano, no desvincula al adoptado de su propia familia, ni lo sustrae de la potestad del paterfamilias del grupo al que naturalmente pertenece. La adoptio minus plena subroga al adoptado el derecho de suceder en el patrimonio del adoptante extraño. Esta adopción sólo tenía efectos patrimoniales y limitados al derecho de poder heredar al paterfamilias adoptante.

La adrogatio y la adoptio cayeron en desuso durante la Edad Media, hasta bien avanzada la Edad Moderna. [64]

[64] IGNACIO GALINDO GARCÍA: Derecho Civil. Ed. Porrúa, S.A., México, 1982. p. 151.

3.13.3. Efectos de la Adopción.

En un principio, no se requería el consentimiento expreso -- del adoptado, bastaba con que no se opusiera, pues seguiría siendo alieni iuris, dependiente, sólo cambiaba de familia y tomaba el -- nombre del adoptante, perdiendo su parentesco civil o de agnación, con su anterior familia, aunque conservando con ella su cualidad -- de cognado: "el que ha sido adoptado... retiene la cognación... -- pero pierde los derechos de agnación."

La adopción no era sin riesgos para el adoptado, pues como -- perdía sus lazos de agnación, igualmente perdía los derechos sucesorios: además si el padre adoptivo lo emancipaba perdía también -- la sucesión, se dispuso por ello que al adoptado se lo constituyeran sus bienes y en caso de que su adoptante muriera tendría derecho el adoptado a la cuarta Antonina, esto es, a recibir la cuarta parte de los bienes del padre adoptivo.

Justiniano decidió que siendo el adoptante un extranjero, este es, una persona que no fuera su ascendiente, continuara la autoridad paterna, no saliendo de su primitiva familia el adoptado y -- adquiriendo tan sólo derecho a la sucesión ab intestato del adoptante. Si el adoptante es un ascendiente del adoptado que no tenía la patria potestad, como un ascendiente materno, como el abuelo paterno que había emancipado a su hijo y que adopta a su nieto, en -- estos casos la adopción conserva sus antiguos efectos, pues si el adoptado es emancipado queda unido con el adoptante por un lazo de sangre que el pretor tomará en cuenta en la sucesión.

Las reglas para la adopción nos establecen que para adoptar es necesario tener la capacidad para obtener la patria potestad, y que por lo tanto no serán capaces para ello: los esclavos, los hijos de familia y las mujeres; sin embargo, Dioseliano permitió -- que la madre pudiera adoptar en virtud de haber perdido a sus hijos. (65)

3.13. Extinción de la Patria Potestad referida especialmente a la Emancipación.

La patria potestad se extingue por acontecimientos fortuitos y por actos solennes:

a) Acontecimientos Fortuitos.- 1.- La muerte del padre en cuyo caso los que estaban sometidos directamente se harán sui iuris. 2.- La pérdida de la ciudadanía del padre. 3.- La reducción a la esclavitud del padre. Cuando el padre está cautivo la condición de los hijos está en suspenso y no se fija de una manera definitiva más que por el regreso o por la muerte del pater. Si este vuelve por el los postumum se considera que la potestad no ha dejado de existir; si, por el contrario, muere con el esclavo, se considera que los hijos eran sui iuris desde el momento de la cautividad. 4.- La elevación del hijo a ciertos dignidades tanto religiosas como políticas. 5.- La caída en esclavitud del hijo. 6.- La hija por caer in mara.

b) Actos Solennes.- Los actos solennes que ponen fin a la -

patría potestad con la adopción y la emancipación. Recordemos que es el derecho Justiniano la adopción hecha por un ascendiente es la única que extingue la potestad del padre.

La emancipación no es necesariamente una pena o un castigo para el hijo, ya que en lugar de pasar a una nueva potestad, se torna sui iuris y puede tener patrimonio propio. La emancipación es es más que una combinación de manumisión vindicta (16) y de la mancipación; es una aplicación de los tres principios siguientes: 1.- La potestad paterna de derecho para vender al hijo y someterlo al mancipium de un tercero. 2.- Cuando se trata de un hijo varón en el primer caso o grado, la potestad paterna se rompe por tres emancipaciones sucesivas, con respecto a los otros descendientes -- hasta con una. 3.- El mancipium se disuelve, como la dominica potestas, por una manumisión vindicta.

Visto en sus efectos, el emancipado se vuelve sui iuris, con servando sus derechos sucesos a la cognación, aunque no los de la agnación. El pretor le conserva sus derechos de sucesión con relación al padre y a los ascendientes paternos.

Justiniano puso la teoría de acuerdo con la práctica suprimiendo las antiguas formas: en adelsante, la emancipación se hizo por una simple declaración ante el magistrado, siendo en adelsante innecesario vender tres veces al hijo para que se rompiera la pa-

[16] Vara con que las partes tocaban una cosa litigiosa en un proceso reivindicatorio o vara con la que un licitor tocaba la cabeza del esclavo declarado libre por un pretor.

tría potestad y éste quedara liberado de ella. (87)

3.14. Extinción de la Patria Potestad en sentido romano.

La patria potestad en Roma se extinguía por las siguientes causas:

- a) Por la muerte del padre (o por su *capitis diminutio máxima* o *media*).
- b) Por la muerte del hijo (o por su *capitis diminutio máxima* o *media*).
- c) Por la adopción del hijo por otro paterfamilias a la adrogación del paterfamilias.
- d) Por casarse una hija con marío.
- e) Por el nombramiento del hijo para ciertas altas funciones religiosas, o, en el derecho justinianeo, también burocráticas.
- f) Por emancipación, figura que evolucionó desde ser un castigo (expulsión de la domus), hasta convertirse en una ventaja concedida al hijo a solicitud suya.
- g) Por disposición judicial, como castigo del padre o, automáticamente por haber expuesto al hijo, cosa frecuente en tiempos del Bajo Imperio.

Por la extinción de la patria potestad, el hijo se convertía en paterfamilias *adn* sin ser necesariamente padre, salvo en caso -

(87) *Ibid*, p. 135, 136.

de adopción, adrogación del paterfamilias o muerte del hijo. La -
hija se convertía en persona sui iuris sin llegar a ser jefa de --
una domus, entraba bajo la tutela de algún pariente. (60)

(60) MARSDAN, *ob. cit.* p. 296.

CAPÍTULO IV

LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.

- 4.1. La Patria Potestad en el Derecho Español.
- 4.2. Procedentes de la Patria Potestad en España.
 - 4.2.1. En el Fuero Juzgo.
 - 4.2.2. Fueros Municipales.
 - 4.2.3. Fuero de Jacca.
 - 4.2.4. Fuero de Palencia.
 - 4.2.5. Fuero de Burgos.
 - 4.2.6. El Fuero Real.
 - 4.2.7. Las Partidas.
 - 4.2.8. Leyes del Toro.
- 4.3. Procedentes del Código Civil Español.
 - 4.3.1. Ley del Matrimonio Civil de 1870.
 - 4.3.2. El Código Civil vigente.
 - 4.3.3. Sentencia de 13 de Diciembre de 1949.
- 4.4. Conceptos de Patria Potestad en el Derecho Histórico Español.
 - 4.4.1. Aragón.
 - 4.4.2. Cataluña.
 - 4.4.3. Mallorca.
 - 4.4.4. Navarra.
 - 4.4.5. Vizcaya.
- 4.5. Código Civil Español de 1889.

4.6. Conceptos de Patria Potestad en el Derecho
vigente Español.

4.6.1. Cataluña.

4.6.2. Navarra.

4.6.3. Vizcaya.

4.7. Legislación extranjera sobre la Patria Potestad.

Introducción.

4.7.1. Alemania.

4.7.2. Austria.

4.7.3. Hungría.

4.7.4. Dinamarca y Noruega.

4.7.5. Suecia.

4.7.6. Holanda.

4.7.7. Francia.

4.7.8. Suiza.

4.7.9. Italia.

4.7.10. Portugal.

4.7.11. Inglaterra.

4.7.12. Escocia.

4.8. Derecho Internacional.

4.1. La Patria Potestad en el Derecho Español.

El objetivo principal al estudiar el Derecho Español fue mi inquietud al ver lo parecido que es y fue con nuestro derecho, eligiendo por lo que se refiere a lo legislado en materia de patria potestad. A lo largo del capítulo podrán darse cuenta de que el régimen de la patria potestad en el derecho español antiguo tuvo grandes avances por lo que se refería a el papel que jugaba la madre dentro del ejercicio de la patria potestad, ya que se le llega a tomar como supletoria del padre para aplicar la misma, avance logrado en algunas provincias españolas, sin embargo tomó tal auge en su legislación que se llegó a aplicar casi en toda España.

El derecho español tuvo gran influencia en nuestro derecho por ser una lengua castellana y porque como se podrá ver sus bases toman sus bases del derecho romano que es la fuente más importante y de donde deriva nuestro derecho.

Fue como uno de los antecedentes de nuestro derecho al derecho español pues como se sabe a lo largo de la historia y en tiempos de la conquista, muchas de las legislaciones españolas fueron aplicadas en México y por largo tiempo, aún cuando después se fueron derogando y creando nuestras propias legislaciones mexicanas. Sin embargo, de aquí se pueda desprender que tuvimos gran influencia del derecho español y por ello ahora deducimos su gran parecido con nuestras legislaciones.

A través de investigaciones se ha creído descubrir manifestaciones de una patria potestad conjunta en el derecho histórico español. En la época de la reconquista aparece en el derecho municipal aragotés, un sistema de patria potestad conjunta y solidaria - del padre y de la madre; dicho sistema implica que la patria potestad o autoridad, es ejercida conjuntamente por ambos padres y que cuando uno de ellos muere, la potestad del superviviente se transforma en una simple tutela, sometida a la intervención de la junta de parientes. Sin embargo, estudios más recientes demuestran que no es tan claro el sentido de las fuentes, ni tan segura la existencia de aquel poder solidario. Los hechos de la patria potestad conjunta fueron ahogados en nuestra patria por la recepción del derecho romano, acogiéndose en las partidas la patria potestas Justiniana. (19)

4.2. Precedentes de la Patria Potestad en España.

En este punto veremos cuáles fueron los hechos que reclamaron sobre patria potestad, base fundamental de nuestra tesis y - para ello es importante comentar por definir lo que significa Fuero:

La palabra Fuero tiene dos acepciones:

Fuero.- Conjunto de usos y costumbres que consagradas por una general y constante observación llegaron a adquirir por el lapso de un tiempo fuerza de ley no escrita.

(19) JOSE MARÍA CASTAÑ VARGAS, La Patria Potestad, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968, p. 188.

Fuero.- Lugar o sitio en que se administra justicia, el juicio mismo, la jurisdicción y potestad de juzgar, el tribunal al que está sujeto el reo o demandado, el territorio en el cual el juez puede ejercer su jurisdicción.

4.7.1. En el Fuero Juzgo.

En esta época el espíritu cristiano sobre el derecho romano y germánico modificó el poder paseroo sobre y en beneficio de los hijos. Los padres tenían la costumbre de ejercitar su derecho de dar muerte a los hijos o hacer a las madres abortar, de ahí que el legislador impuso a los padres infanticidas a la pena de muerte o la de sequera. La exposición de los hijos se castigaba con la pérdida de la patria potestad, obligando a los padres a rescatar al hijo de quien lo tuviera en su poder, y si no tuvieran con que, el padre que lo expuso debe quedar como siervo en su lugar. Se prohibió también vender, dar o empeñar al hijo, declarándose la nulidad de estos actos, imponiéndose al comprador la pérdida del precio y al que lo tomó en prenda la pérdida de lo que hubiese dado, declarándose, además, que quien así lo recibiere no tendría poder alguno sobre ellos.

La ley del matrimonio civil y las del código vigente, así como otros muchos, creen que por estas leyes se otorgó la patria potestad a la madre, alegando en pro de esta opinión. La concesión se limitaría a que el padre hubiese muerto y la madre no contrajera segundas nupcias. Se ha comprobado que el fuero Juzgo sólo otorgaba a la madre la tutela después de muerto el padre.

En cuanto a las relaciones patrimoniales, se admite la plena propiedad del hijo sobre lo que este adquiere del rey o señor y de lo que hubiese ganado con su trabajo le corresponderían a él las dos terceras partes y al padre el otro tercio.

Es el código de la monarquía goda, documento que sucedió a la caída del poder romano. Fue una de las legislaciones más completas: en sus preceptos se reflejaba fielmente la sociedad, para cuyas necesidades se dictaba. El Fuero Juzgo adquirió este nombre hasta principios del siglo XIII pues en su origen se llamó código de las leyes, libro de las leyes, libro de los jueces, libro de los godos, se promulgó en opinión de la mayoría de los jurisconsultos en latín, siendo traducido a la lengua castellana algunos siglos después. El Fuero Juzgo está dividido en doce libros, los libros se dividen en títulos y los títulos en leyes.

En su libro I habla de las cualidades del legislador, define a la ley y establece sus efectos. En el libro II se objetó fue uniformar la legislación y generalizarla a los vencedores y los vencidos. El libro III trata de los matrimonios, raptos, adultérios, ajustamientos incestuosos, sacrilegios y divorcios; establece el sistema de tal distinto del romano, disponiendo que el marido sea quien dote a la mujer, a imitación de las costumbres de los germanos, destruye las excoñitades que existían entre los godos y los españoles permitiendo la unión entre ambos. El libro IV trata sobre el parentesco, de las herencias de los huérfanos y de quien verá por ellos, de los bienes que pertenezcan a los descendientes -

por ser legítimos y a los parientes por sucesión intestamentaria y finalmente de los niños expósitos. El libro V trata sobre los bienes que le pertenecen a la Iglesia, de las donaciones, ventas y --permutas, depósitos y comodatos, deudas y prendas y de las sucesiones. El libro VI de las acusaciones de los malhechores y sus cómplices, de los envenenamientos y de los abortos, de las heridas y de los homicidios. El libro VII trata de los hurtos y de los engaños. El libro VIII trata de las fuerzas y de los daños. El libro IX trata de los esclavos que huyen de las casas de sus dueños, de los que no acuden al servicio militar o lo desamparan y de los que se refugian en las iglesias. El libro X trata de lo relativo al disfrute de tierras propias o arrendadas, de su división y de las prescripciones o términos. El libro XI trata de los enfermos, muertos y de los comerciantes de ultramar. El libro XII trata de la conducta de los jueces en la administración de la justicia, de los herejes, judíos y demás sectarios. Al haber mencionado brevemente las materias que abarcó el Fuero Juzgo como conjunto de leyes, se puede notar su gran amplitud y consideración como un ordenamiento universal.

Relacionado con el Fuero Juzgo exponeremos cuáles fueron sus aportaciones para reglamentar la patria potestad, punto que es indispensable desarrollar para un mejor entendimiento de mi tesis.

4.2.3. Fueros Municipales.

En sílica la potestad de la madre aparece bien definida, colgándose siempre a la madre al mismo nivel que el padre en relación a los hijos.

Recibían este nombre cierto cuerpo de leyes tanto civiles, - criminales como económicas y administrativas, que los reyes solían darlas a algunos municipios o municipalidades. En los fueros municipales se encuentra el origen de muchas disposiciones del antiguo derecho español y forman por ello parte de la legislación española. Los Fueros Municipales se dieron con posterioridad al Fuero Juzgo, y se fueron aplicando por sus avances en todas las materias, legislaciones que se acoplarian más a las necesidades de la época, para la sociedad iba avanzando y no podía ser reglamentada por leyes ya obsoletas. Respecto a los fueros municipales en materia civil, - que es la que nos interesa, se dice que su reglamentación fué caso tomada del Fuero Juzgo en su totalidad.

4.3.3. Fuero de Baza.

Todos los derivados del de Cuenca otorgan a la madre, en el mismo grado que el padre, el derecho de castigar a los hijos perversos.

4.3.4. Fuero de Palencia.

Otorge a la madre los mismos derechos que al padre, la facultad de emancipar a los hijos. Por estos testimonios así como por el Fuero de Molina y otros, es indistutible que, al menos, después de haber muerto el padre estaban los hijos bajo la potestad de la madre.

En cuanto a los derechos de los padres sobre las personas de los hijos, se les prohíbe matar a éstos, venderlos o empeñarlos, - ponerlos en rehén por su propia persona, maltratarlos, herirlos,

o golpearlos gravemente con hierro, palo o piedra, y si lo hicieren autoriza el Fuero de Burgos a quejarse de sus padres ante el - alcalde.

4.2.5. Fuero de Burgos.

Es uno de los más importantes pues se consideraba el medio - perfecto que tenían los hijos para poderse quejar ante el alcalde de cualquier abuso por parte de sus padres.

4.2.6. El Fuero Real.

Esta un poco confuso en cuanto a los derechos que le otorga - a la madre en defecto del padre pues dice: si algunos huérfanos - que sean sin edad estuviesen sin padre o sin madre los parientes - más propicios recibirán a estos y a todos sus bienes.

De este modo parece que la tutela legítima sólo se ejercería a falta del padre y de la madre, pues se establece que falleciendo el padre la madre otorga la patria potestad siempre y cuando no se - traiga segundas nupcias, además administraría sus bienes, si qui- - siere, y sólo hasta que lleguen a la edad requerida.

Las limitaciones al poder de los padres sobre los hijos son - las mismas que estableció el Fuero Juzgo, prohibiéndose dar, vender o empeñar al hijo, y apartándose de los principios de los fueros - municipales, supone que el hijo puede tener bienes propios y darla - ra que no tiene obligación de partir con sus hermanos lo que haya - quedado con el haber del padre o de la madre.

No se tiene la fecha exacta de cuando se publicó este fuero,

sin embargo, los más acertados estudios establecen que se dió á -- principio del año 1265. Antiguamente el Fuero Real se le conoció con el nombre de Fuero del libro, Fuero castellano y Flores de las leyes. Gran parte de sus disposiciones están tomadas del Fuero -- Juego y de los cuadernos municipales. La primera edición que se -- dió sobre el Fuero Real fué en 1530. La Real Academia de la Historia hizo una nueva edición más correcta en el año de 1836.

El Fuero Real está dividido en cuatro libros subdivididos en títulos. El libro I habla de la Santísima Trinidad, de la fé cató -- lica, de la guarda del rey y de su señorío, de las leyes y de su -- establecimiento. El libro II trata de los emplazamientos, contesta -- ciones, pruebas, sentencias y apelaciones. El libro III trata de la prohibición de los matrimonios clandestinos, la pena en que in -- curren las viudas que contraen nuevo matrimonio antes de pasado el año de fallecimiento del marido anterior, trata sobre la patria -- potestad del mismo modo que lo establecía el Fuero Juego. El li -- bro IV trata sobre la legislación criminal.

El Fuero Real reflejaba fielmente la sociedad para la que se promulgó y por la cual se satisfacían sus necesidades. (70)

4.2.7. Los Partidos.

Copiarum el Derecho Romano Justiniano y definen a la patria -- potestad como el poder y señorío que tienen los padres sobre los --

(70) DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO HISPANO AMERICANO; Tomo IX.
ob. cit. p. 814, 819, 821, 822.

hijos, explicando que este poder no es el del señor sobre el esclavo, sino ligamento de reverencia y de subyugación, de castigamiento que debe tener el padre sobre su hijo, indicando que es natura o según derecho, lo primero porque los hijos nacen de los padres y lo otro porque han de heredar de ellos. (71)

Respecto de los derechos de los padres sobre las personas de sus hijos, no pueden venderlos, matarlos ni empeñarlos, autorizándoles sólo para castigarlos con mesura y con piedad.

4.2.8. Leyes del Toro.

Establecieron que el hijo o hija ya emancipados adquiriesen para sí el usufructo de los bienes adventicios, perdiendo por lo tanto el padre la parte que le correspondía, según establecía el derecho Justiniano. (72)

4.3. Precedentes del Código Civil Español.

El criterio desfavorable para la madre, acogido con la recepción del Derecho Romano, imperó en la organización de la patria potestad en el Derecho Español durante siglos. Además, cuando llegó el período codificador no se concedió a la madre otra cosa que la patria potestad subsidiaria.

El proyecto de 1851, que regula la patria potestad, pensaba

(71) La P. P. en Roma era exclusiva del padre a todos sus descendientes por línea directa, excluyendo a la madre en su totalidad.

(72) ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA, ob. cit. p. 826, 827.

conferir dicho poder al padre, y sólo en defecto de éste a la madre, no tomando en cuenta en su totalidad lo regulado anteriormente respecto a la madre. (73)

4.3.1. Ley del Matrimonio Civil de 1870.

Fue dictada el 18 de Junio del año mencionado y requirió a la patria potestad como el segundo de los efectos del matrimonio. Sus disposiciones han pasado íntegramente al Código Civil vigente, cosa muy importante por haber sido dictada esa ley con carácter de general para todo el reino, por lo que los artículos del Código que han substituido a los de la Ley se consideran también de aplicación general; es importante mencionar que la no admisión por el Código vigente de ciertos preceptos del proyecto de 1851, se debe a no haberlos admitido tampoco la Ley del Matrimonio Civil. Lo más sobresaliente de esta Ley, fue conceder a la madre la patria potestad en defecto del padre.

La ley del matrimonio civil de 1870 vino a consagrar la patria potestad subsidiaria, al establecer en su artículo 84: el padre, y en su defecto, la madre, tiene potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados, constituida con ellos la Ley de 1870, sin duda, un progreso con relación a la legislación inmediatamente anterior, elevando el papel de la madre en la familia y reconociendo la inaplicabilidad de la concepción romana.

(73) CASTAÑAS VAQUERO; ob. cit. p. 103.

4.3.2. El Código Civil vigente.

Esto acogió el sistema de patria potestad subsidiaria y en su artículo 154 establece: "el padre y, en su defecto, la madre, tiene potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad y de tributarles respeto y obediencia siempre".

La doctrina del Código Civil español vigente a través de los años ha venido interpretando el artículo 154 del modo más favorable posible para la madre, entendiendo que el mismo no excluye absolutamente una cierta participación de aquélla en la patria potestad durante la vida del padre.

Se expondrá ahora la opinión que tienen ciertos autores respecto del artículo 154:

Sánchez Román, establece que no significa que se excluya a la madre de la intervención en la educación, dirección y poder moral sobre los hijos, funciones en las que concurre con el padre.

De Diego.- Admite también que la madre no está totalmente excluida de la patria potestad durante el matrimonio, inculcándole las relaciones que miran al interior de la familia: deber y derecho de vigilar a los hijos, dirigirlos, aconsejarlos, etc.

Canalejas, en uno de sus escritos forenses insiste en que el padre y la madre, fuera de los actos oficiales, comparten el ejercicio de la patria potestad.

Scaseola, hace notar en su comentario que la madre es igual

al padre en el ejercicio de algunos derechos y en el cumplimiento de ciertos deberes inherentes a la institución, y que la alimentación de los hijos, el tenerlos en su compañía, la corrección y castigo en el hogar doméstico y la percepción de los frutos son comunes al padre y a la madre.

Fulg Peña, afirma que a la madre hay que considerarla también participe de la patria potestad. [74]

4.3.1. Sentencia de 13 de Diciembre de 1989.

Resolvió un caso en que se discutía la facultad de la madre para sustituir papilarmente al hijo. Esta sentencia calcoó la solución del litigio distinguiendo la autoridad de la madre y la patria potestad de la misma, conceptos que no pueden confundirse, por lo declaró, por un lado, que el concepto de la patria potestad -- aún reservada exclusivamente al padre, nunca ha excluido dentro -- del derecho español la autoridad de la madre con relación a sus hijos, para ejercer todos aquellos actos conducentes a los fines de la familia, relativos a la educación y preparación de los mismos hijos pero que cuando tengan la edad o lleguen a su emancipación, hayan de gobernarse por sí, lo cual no es válido confundir ese concepto con el de la autoridad de la mujer, que el mismo marido está obligado a respetar. [75]

[74] ENCICLOPEDIA UNIVERSAL; ob. cit. p. 828.

[75] CASTAÑ VÁZQUEZ; ob. cit. p. 111-113.

4.4. Conceptos de Patria Potestad en el Derecho Histórico Español.

4.4.1. Aragón.

Por el espíritu de libertad allí reinante, la costumbre no admitió o derogó la legislación romana sobre la patria potestad, es decir, que ésta no fué conocida en Aragón en la forma y con la existencia que la reguló el derecho romano, sino como institución natural, conforme la impone la necesidad de conservación y educación de los hijos, entendiéndose como la autoridad doméstica que tienen los padres sobre los hijos para dirigir su conducta y reprenderlos, ampararlos mientras no puedan valerse por sí mismos. En Aragón solo existía la patria potestad en todo lo que favorece a los hijos, sin embargo los Fueros la reconocían a los padres las atribuciones siguientes:

- 1.- Fijar el domicilio de los hijos, obligando a los menores de catorce años a no separarse de la casa materna.
- 2.- Otorgar el consentimiento para el matrimonio.
- 3.- Reclamarlos alimentos cuando sean precisos.
- 4.- Completar la capacidad de los menores de veinte años, pero los mayores de catorce podían comparecer a juicio sin licencia del padre, debiéndose nombrar para los menores un curador siempre que litigasen con el padre o tuviesen un interés opuesto al de éste.
- 5.- Nombrar tutor en testamento al hijo menor.
- 6.- Desheredarlos con justas causas.

Muerto el padre o declarado incapaz, esta patria potestad natural correspondía a la madre, lo que parece deber entenderse más bien como una tutela.

4.4.2. Cataluña.

Se aplicó el derecho romano con las siguientes modificaciones: el hijo no quedaba en la potestad del abuelo, y salía de la patria potestad al llegar a los veinticinco años, así como también por contraer matrimonio con licencia del padre, viviendo independientemente de éste.

4.4.3. Mallorca.

También se aplicaba el derecho romano como en Cataluña.

4.4.4. Navarra.

Se ha pretendido que no se conoció la patria potestad; sin embargo estudios afirman que se se conoció con la extensión que en Roma pero sí con lo bastante para la regularización de la familia, y aún con mayor amplitud las facultades otorgadas a los padres, que las otras legislaciones españolas. Es importante mencionar, que el poder que se ejercía sobre los hijos en Navarra era conocido como tutela, teniendo los padres un poder semejante al de los tutores legítimos y alcanzando su poder solamente a los varones menores de catorce años y a las mujeres menores de doce años. Durante este período de edad, los padres ejercitaban sobre los hijos los derechos de educación y administración de bienes, teniendo los hijos la obligación de respetarlos y obedecerlos.

Otra particularidad del derecho Navarro era que la madre -- ejercía este poder después de muerto el padre, lo que aparece más claramente para Navarra que para otras regiones españolas; esto se debió a que la mujer pudo, una vez muerto el marido, ejercer todos los derechos feudales de éste y si se la consideraba capaz de éstos, con mayor razón se le debía considerar capaz para ejercer los derechos de la casa, y la autoridad sobre los hijos. Sin embargo, no se puede pensar que los derechos de ambos cónyuges fueran iguales o el de la madre mayor, sino que se entendía que la mujer tenía ese poder a la muerte de su marido.

La patria potestad terminaba por las mismas causas que en Cataluña y además por el segundo casamiento de los padres, con relación a los hijos del matrimonio antiguo o anterior.

4.4.5. Vizcaya.

Se reconocía que el padre tiene un poderío paternal sobre -- los hijos durante todo el tiempo en que estos estuvieren por casarse. Parece que correspondió también este poder a la madre en defecto del padre. Aquí, el padre se veía obligado a hacer inventario de los bienes de los hijos, con la caución y fianza exigida al tutor extraño; y con esta formalidad tenía el usufructo, viviendo -- obligado a regir y administrar bien, fiel y legalmente las personas y bienes de los hijos, a criar y alimentar a éstos, enseñarles a rezar y leer y lo demás que conviene haga el padre para con sus -- hijos, advirtiendo que, como expresamente reconoce la ley, el usufructo que se concedía a aquel sobre los bienes de éstos era en -- compensación de los alimentos que debía darlos.

La patria potestad se extingue por contraer otro matrimonio el padre o la madre, por casarse los hijos, por llegar éstos a la mayoría de edad y por negarse los padres a alimentar a los hijos o a llevar la administración de los bienes de éstos. En este último caso, se nombraban para los hijos dos tutores dativos: uno para la línea del padre y otro en representación de la madre, sin que ninguno de los padres pudiese intervenir en el nombramiento ni en la administración, ni adquirir usufructuando las propiedades de los hijos. (76)

4.5. Código Civil Español de 1889.

La patria potestad está fundamentalmente contenida en el título 7o. del libro I del Código Civil de 1889, y establece lo siguiente:

a) La patria potestad corresponde a:

- 1.- El padre.
- 2.- En defecto de éste, a la madre, mientras se conserve viuda.

b) La patria potestad se ejerce:

- 1.- Sobre los hijos legítimos no emancipados, y también sobre los legitimados.
- 2.- Sobre los naturales y reconocidos y los adoptados menores de edad.

(76) ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA; ob. cit. p. 828-830.

c) Deberes de los hijos:

- 1.- Tributar a los padres respeto y reverencia.
- 2.- Obedecerlos.

d) Deberes de los padres:

- 1.- Alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e -- instruirlos con arreglo a su fortuna.
- 2.- Representarlos en el ejercicio de todas las acciones_ que puedan redundar en provecho de los hijos.

e) Derechos de los hijos:

- 1.- Los correlativos de los deberes de los padres, ser -- alimentados, instruidos y educados con arreglo a la posición social de la familia, representados en jui-- cio y fuera de él.
- 2.- Tener la propiedad y aún el usufructo de cierta clase de bienes.

f) Derechos de los padres con relación a la persona de los - hijos:

- 1.- Todos aquellos medios que son necesarios para cumplir los deberes que con respecto a los hijos se les imponen.
- 2.- Fijan el domicilio de los hijos, pudiendo exigir que éstos vuelvan a él.
- 3.- Dirigen su educación e instrucción, pudiendo elegir - a el maestro que más les parece.
- 4.- Los representan en juicio y fuera de él, procurando -

los hijos licencia o consentimiento de los padres para todos los actos de la vida civil.

- 3.- Pueden corregirlos y castigarlos moderadamente pudiendo llegar a encerrarlos en un establecimiento para su corrección.

g) Derechos de los padres con relación a los bienes de sus hijos:

Hay que distinguir entre la administración, la propiedad y el usufructo de los mismos.

- 1.- El principio de la representación de los hijos menores no emancipados por los padres hace que éstos sean los administradores de los bienes de aquéllos, pero tratándose de hijos naturales reconocidos o adoptivos, es preciso que aseguren las resultas de esta administración por medio de fianza a satisfacción del juez del domicilio o de las personas que deban concurrir a la adopción.

- 2.- En cuanto a la propiedad y el usufructo, la regla general es que la primera pertenece al hijo y la segunda a los padres. Sin embargo esta regla tiene sus excepciones:

- Tratándose de hijos naturales o reconocidos o adoptivos, no tienen los padres el usufructo de los bienes de aquéllos, pues éstos hijos tienen la propiedad y el usufructo de sus bienes.
- Tratándose de hijos legítimos o legitimados, el hi-

jo tiene la propiedad y usufructo de sus bienes que adquirieran por su trabajo o industria o por cualquier título lucrativo, cuando con consentimiento de los padres viva independiente de ellos, considerándose a éstos bienes como emancipados, lo cual equivale a la antigüedad a los peculios castrones y cuasi-castrones.

- El hijo tiene la propiedad y el usufructo de los bienes, pero no la administración, que corresponde a los padres, de los bienes que se le hayan donado o legado para los gastos de su educación o instrucción.
- Pertenece a los padres en propiedad y en usufructo lo que el hijo adquiere con causal de éstos.

b) La patria potestad se suspende:

- 1.- Por incapacidad o ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente.
- 2.- Por la pena de interdicción civil.
- 3.- Cuando así lo impongan los tribunales.

1) La patria potestad se acaba:

- 1.- La muerte de los padres.
- 2.- La muerte del hijo.
- 3.- La emancipación del hijo que puede tener lugar:
 - Por matrimonio del hijo.
 - Por llegar éste a la mayor edad (veintitres años).

= Por concesión del padre o en su defecto de la madre a un mayor de dieciocho años.

4.- Por la adopción del hijo la cual extingue la patria potestad del padre natural y la hace recaer en el padre adoptante. (77)

4.6. Conceptos de Patria Potestad en el Derecho vigente Español.

4.6.1. Cataluña.

No es aplicable el párrafo segundo del artículo 164 del Código Civil en cuanto establece la patria potestad sobre los hijos naturales reconocidos, pues esta patria potestad no era conocida en Cataluña antes de la Ley del Matrimonio Civil, ni esta ley reguló lo relativo a la legitimidad, pero sí pueden los padres nombrar en testamento tutor para estos hijos (incluso para los incapaces), = por ser aplicables en Cataluña todas las disposiciones del código referentes a la Tutela.

4.6.2. NAVARRA.

Una ley dada en las cortes de Tudela de 1558, que formó la Ley 10. de la Novísima Recopilación de Navarra, establece que el padre (y por lo tanto, también la madre), que pasa a segundas nupcias pierde la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio, lo que es una causa especial de extinción de la patria potestad.

(77) Cfr. ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA, p. 810, 831.

4.6.3. Vizcaya.

Se establece que en caso de que el padre enviado de nuevo -- por segundo matrimonio, recobrará la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio.

4.7. Legislación extranjera sobre la Patria Potestad.

Introducción.

Como se verá en este inciso, se estudiarán varios países europeos con el fin de hacer un análisis comparativo de su régimen -- sobre patria potestad con respecto al nuestro. Uno de los países -- mencionados que es Francia es de gran importancia para con nuestro -- derecho pues en él se dió el Código Napoleónico, legislación que -- tuvo gran influencia en nuestro derecho en tiempos antiguos y considero que es la prueba más fehaciente de que existe un gran lazo entre nuestra legislación y la francesa, pues de ésta derivan muchos preceptos que hemos adoptado y que son aplicables en nuestro derecho positivo mexicano.

La influencia de nuestros antepasados se hace notar en las -- legislaciones actuales, pues a pesar de lo largo de la historia y de pasar por siglos nos dejaron una gran aportación como es la influencia romana, de la cual casi todos los países han tomado sus -- bases y legislaciones como se verá a continuación respecto de casi todos los países mencionados, aún cuando algunos de ellos no compartan en forma total sus ideas y su reglamentación jurídica en lo que se refiere a la patria potestad.

4.7.1. Alemania.

La patria potestad corresponde a la madre solamente en el caso de la muerte del padre, y cuando disuelto el matrimonio por otra causa abuse éste de su poder para con los hijos. La patria potestad se considera como derecho y deber a la vez, y solo se otorga a los hijos legítimos. El padre que ejerza la patria potestad tiene el usufructo de los bienes de los hijos, con excepción del llamado patrimonio libre. En caso de abuso de su poder para con el hijo, pierde la patria potestad, y si volviera a casarse la potestad se pasa a la madre sino que se le asigna un tutor al hijo.

4.7.2. Austria.

La patria potestad corresponde solo al padre, pero la educación de los hijos corresponde a los padres conjuntamente. El hijo puede ir en contra de la resolución del padre por imponerle una determinada carrera. Corresponde al padre la administración de los bienes del hijo que esté bajo su cuidado, así como las rentas para destinarlas a los gastos de educación.

4.7.3. Hungría.

La patria potestad dura hasta que los hijos se casan o adquieren independencia económica, y cuando los padres no pertenecen a una religión conocida, tienen la obligación de educar a los hijos conforme a una de ellas.

4.7.4. Dinamarca y Noruega.

Las leyes no emplean la frase patria potestad pero imponen al padre y a la madre la obligación de alimentar y educar a los hijos.

jos, durante la primera hasta que éstos tengan dieciséis años, en Dinamarca y quince en Noruega. Los padres no tienen el usufructo de los bienes de los hijos, solamente el padre tiene cierto derecho de administración, en exclusivo interés del hijo; sin embargo, en caso de necesidad de los padres, pueden tomar una parte del patrimonio del hijo para contribuir a los gastos de alimentación.

4.7.5. Suecia.

La obligación de dar alimentos dura hasta que los hijos se han casado o hasta que se procuran una vida económica independiente. La obligación de educar a los hijos, termina al llegar éstos a los veintiun años, y si los padres son pobres, a los quince años. Los padres no tienen el usufructo de los bienes de los hijos, pero sí la administración, con los derechos y deberes de los tutores. El patrimonio puede ser empleado para los gastos de alimentación y educación de los mismos, pero nunca en beneficio de los padres.

4.7.6. Holanda.

De acuerdo a la ley del 6 de febrero de 1901, la patria potestad se ejerce solamente por el padre, y si éste no se encuentra en situación para ejercerla, por la madre. Esto es eventual, pues se nombra por el juez un tutor al hijo.

4.7.7. Francia.

La diferencia está en que el usufructo de los bienes de los hijos sólo lo tienen los padres hasta que aquéllos lleguen a los dieciocho años o hasta la emancipación, contándose en cuenta además que ésta puede llegar antes de la edad mencionada. La patria po-

testad es ejercida por el padre, sólo en defecto de éste por la madre y ésta hasta que los hijos se casan o tienen forma de mantenerse económicamente independientes de los padres.

4.7.8. Suiza.

Las relaciones entre padres e hijos se rigen por las legislaciones cantonales. Ambos se deben recíprocamente ayuda y alimentos, teniendo los padres el derecho y deber de educar a sus hijos. La administración y usufructo de los bienes de los hijos corresponde al padre y a la madre conjuntamente o sólo al padre, y por suerte de éste, a la madre, según el régimen matrimonial que se ha adoptado, y siempre que se trate del patrimonio libre del hijo, en el que sólo tienen los padres la administración.

4.7.9. Italia.

Las principales diferencias de la patria potestad con el derecho español son esencialmente las siguientes: el hijo puede abandonar la casa paterna, para alistarse voluntariamente en el ejército. El padre puede, en caso de que el hijo sea de mala conducta, alejarlo de la familia, proporcionándole estrictamente los alimentos indispensables para su subsistencia, o bien, encerrarlo en una casa de corrección. El usufructo legal de los padres sobre los bienes del hijo, cesa por segundas nupcias de éstos, más bien del padre.

4.7.10. Portugal.

La madre obtiene la patria potestad por incapacidad, ausencia o muerte del padre y la conserva aunque contraiga segundas nup

cias, establecido en la Ley del 15 de Agosto de 1913.

4.7.11. Inglaterra.

El padre es tutor de sus hijos legítimos menores de edad, de hecho que cesa en algunos casos y para ciertos fines a los veinte años, pero conservando el padre la autoridad paternal sobre los hijos hasta que se casen o lleguen a los veintium años. El padre recibe el usufructo de los bienes de sus hijos con la condición de rendir cuentas al llegar éstos a su mayoría de edad.

La madre no tiene autoridad legal sobre los hijos mientras viva el padre, pero muerto éste, parece ser que tiene el mismo puesto que el padre en lo relativo a la educación y cuidado de los hijos.

4.7.12. Escocia.

Se ejerce la patria potestad sobre los hijos impúberes y está perfectamente reglamentada respecto de los bienes, tiene el padre el carácter de administrador legal de todos sus bienes mientras éstos continúan viviendo en familia aunque vivan fuera de él, mientras no se casen o quosen el sustento con su propio trabajo de modo que sean económicamente independientes en absoluto del padre. (78)

[78] Cfr. ENCICLOPEDIA UNIVERSAL, p. 832-834.

4.7.13. Cuba.

Anterior a Castro hacia los años 38^{ta} el régimen familiar de Cuba estaba basado en un consejo de familia que era una especie de tribunal privado o doméstico al que eran sometidos los asuntos más importantes que concerniesen a la persona o bienes de los menores, siempre y cuando no estuviesen bajo la patria potestad y por lo tanto no pudiesen gobernarse. Sin embargo, este consejo también funcionaba en los menores que por alguna causa hubiesen perdido la patria potestad.

El consejo de familia trataba asuntos de las siguientes personas:

- I. Menores de edad, no emancipados legalmente;
- II. Locos e dementes;
- III. Sordomudos que no supieran leer ni escribir;
- IV. Los que sufrían la pena de interdicción civil;
- V. Los que hubieran perdido la patria potestad.

El consejo de familia trataba los siguientes asuntos:

- I. Cuando el menor quería contraer matrimonio;
- II. Cuando se estableciera tutela sobre el menor;
- III. Cuando se estableciera adopción;
- IV. Tratamiento de la administración de bienes del menor.

El consejo de familia se establecía por petición de:

- I. El cónyuge y los herederos abintestato del incapaz;
- II. El cónyuge y los presuntos herederos del condenado a la pena de interdicción civil;

III. Todos los que tuvieran interés en la persona o bienes del menor o incapaz.

El consejo de familia se establecía de igual forma para los hijos legítimos como para los naturales. Las facultades que tenía en relación a la persona del menor eran:

- I. Prestar licencia para contraer matrimonio;
- II. Intervenir en donaciones que le hicieran al menor;
- III. Pedir la constitución o inscripción de la dote del menor;
- IV. Autorizar la adopción del menor;
- V. Autorizar al tutor a corregir al menor, a darle la educación adecuada.

Las facultades del consejo en relación a los bienes del menor eran:

- I. Formular inventario de los bienes del menor;
- II. Determinar los bienes que deben quedar en custodia de un tutor;
- III. Lo relativo a gravar o enajenar los bienes del menor;
- IV. Lo relacionado a bienes de herencia del menor;
- V. Gastos que tuvieran que ver con la tutela del menor.

El consejo de familia se disolvía:

- I. Por llegar el menor a la mayoría de edad;
- II. Por cesar la tutela.

La situación actual de Cuba es lo que se refiere al aspecto educativo viene determinado por su sistema político, un régimen comunista en el que el Estado absorbe toda esta tarea sin respetar -

los derechos de la familia y de otras instituciones naturales cuyo régimen es dirigido por el Estado.

La Iglesia en Cuba representaba una gran fuerza, enlace al matrimonio con la muerte, aún cuando existen leyes que regulan el divorcio la familia sigue siendo como en casi todos los países latinos la base de la sociedad. (79)

4.8. Derecho Internacional.

Se han propuesto diversas teorías sobre qué ley debe aplicarse en tratándose de la administración y de los derechos del padre sobre los hijos y sobre sus bienes; la opinión que prevalece actualmente, es que se aplica la ley nacional del padre por lo que abarca, tanto a la persona, como a los bienes de los hijos. En caso de cambio de nacionalidad, se aplicará la nueva ley.

El Derecho Internacional Privado siempre establece un conflicto de leyes, pues hay tantos sistemas jurídicos como existen países en el mundo. La problemática fundamental es saber qué ley debe aplicarse, ya que una sola relación jurídica no puede regirse por dos preceptos distintos al mismo tiempo, pues va contra el principio de bilateralidad jurídica.

El problema que se presentó es elegir la ley competente a --

(79) Embajada de Cuba, febrero de 1980.

aplicarse en una situación concreta cuando cabe la posibilidad de aplicar diversas normas provenientes de varios estados que puedan a su vez aplicarse al mismo caso. Además, puede existir una ley superior a las anteriores aplicables pero que no exista un tribunal jerárquicamente más alto a las autoridades estatales que aplique la ley y resuelva el conflicto, de ahí que se lleven a cabo -- los tratados internacionales. (80)

Esta pequeña introducción que elaboré sobre Derecho Internacional Privado tiene el objeto de entender la aplicación de la ley correcta para el caso del régimen de la patria potestad.

(80) CARLOS ARELLANO GARCIA. Derecho Internacional Privado. Tº. Ed. Ed. Porrúa, México, 1964.

CAPÍTULO V
DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN
EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

- 5.1. De la manera en que se regulaba la Patria Potestad en el Código Civil del Estado de Oaxaca de 1887.
 - 5.1.1. Efectos de la Patria Potestad respecto de la persona de los hijos.
 - 5.1.2. De los efectos de la Patria Potestad respecto de los bienes de los hijos.
 - 5.1.3. De la manera de acabarse y suspenderse la Patria Potestad.
- 5.2. De la manera de regular la Patria Potestad en el Código Civil de 1878.
 - 5.2.1. Efectos de la Patria Potestad respecto de la persona de los hijos.
 - 5.2.2. De los efectos de la Patria Potestad respecto de los bienes de los hijos.
 - 5.2.3. De la manera de acabarse y suspenderse la patria potestad.
- 5.3. De la manera de regular la Patria Potestad en el Código Civil de 1928.
 - 5.3.1. Efectos de la Patria Potestad respecto de la persona de los hijos.
 - 5.3.2. Efectos de la Patria Potestad respecto de los bienes del hijo.

5.3.1. Modos de acabarse y suspenderse la Patria Potestad.

5.4. Filiación, Concepto.

5.4.1. Especies de Filiación.

5.4.2. De los hijos nacidos de matrimonio.

5.4.3. La acción de desconocimiento de la paternidad.

5.4.4. Prueba de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio: las actas del estado civil.

5.4.5. Prueba de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio: la posesión de estado.

5.4.6. Reclamación de estado.

5.4.7. Conflictos de paternidad.

5.5. De los hijos nacidos fuera de matrimonio y de la manera para su reconocimiento.

5.6. La Adopción. Concepto.

5.6.1. Antecedentes Históricos.

5.6.2. Naturaleza Jurídica de la Adopción.

5.6.3. Caracteres.

5.6.4. Requisitos.

5.6.5. Procedimiento de Adopción.

5.6.6. Efectos.

5.6.7. Terminación.

5.1. De la manera en que se regulaba la Patria Potestad en el Código Civil del Estado de Oaxaca de 1887.

5.1.1. Efectos de la Patria Potestad respecto de la persona de los hijos.

Art. 363.- Los hijos cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Art. 364.- Los hijos menores de edad, no emancipados, están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponde aquella según la ley.

Art. 365.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos.

Art. 366.- La patria potestad se ejerce:

- I.- Por el padre;
- II.- Por la madre;
- III.- Por el abuelo paterno;
- IV.- Por el abuelo materno;
- V.- Por la abuela paterna;
- VI.- Por la abuela materna.

Art. 367.- Sólo por muerte, interdicción o ausencia del llamado preferentemente, entrará al ejercicio de la patria potestad el que le siga en el orden establecido anteriormente.

Art. 368.- Mientras estuviere el hijo en la patria potestad,

no podrá dejar la casa del que la ejerce, sin permiso de éste, o decreto de autoridad pública competente.

Art. 370.- El padre tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y seguramente.

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

Art. 372.- En defecto del padre, el ascendiente a quien corresponde la patria potestad ejercerá la facultad a que se refiere el artículo 370.

Art. 373.- El que está sujeto a patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que ejerce aquél derecho.

S.1.2. De los efectos de la Patria Potestad respecto de los bienes de los hijos.

Art. 374.- El que ejerce la patria potestad es legítimo representante de los que están bajo de ella, y administrador legal de los bienes que los pertenecen.

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

- I.- Bienes que proceden de donación del padre;
- II.- Bienes que proceden de herencia o legado del padre;

- III.- Bienes que procedan de donación, herencia o legado - de la madre o de los abuelos;
- IV.- Bienes que procedan de donación, herencia o legado de los parientes colaterales o de personas extrañas, seg que se hayan donado en consideración al padre;
- V.- Bienes debidos a don de la fortuna;
- VI.- Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto, - sea cual fuere.

Art. 376.- En la primera clase la propiedad pertenece al hijo y la administración al padre. Este podrá conceder a aquél la - administración, y señalarle en los frutos la porción que estime -- conveniente. Si el padre no hace esta designación, tendrá el hijo la mitad de los frutos.

Art. 377.- En la segunda, tercera, cuarta y quinta clase, la propiedad de los bienes y la mitad del usufructo son siempre del - hijo; la administración y la otra mitad del usufructo del que ejerce la patria potestad. Este podrá sin embargo, ceder al hijo la - administración o la mitad del usufructo que le correspondan.

Art. 378.- Los bienes de la sexta clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

Art. 379.- El importe de los bienes de la primera y segunda - clase, deberá traerse a colación en la división de bienes del respectivo donante.

Art. 380.- Los créditos y rentas que se hayan vencido antes -

de que el padre entre en posesión de los bienes cuya propiedad, -- conforme a los artículos anteriores, pertenezcan al hijo, forman -- parte del capital de éste y no son frutos que debe gozar el padre.

Art. 381.- Cuando el hijo tenga la administración de los bienes por la ley o por la voluntad del padre, se le considerará respecto de la administración como emancipado.

Art. 382.- El usufructo de los bienes concedido al padre, -- lleva consigo las obligaciones establecidas por este código y además las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la de -- afianzar.

Art. 383.- El padre no puede enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles de los que le corresponde el usufructo y -- la administración o ésta sola, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad y previa autorización del juez competente.

Art. 384.- El derecho de usufructo concedido al padre se extingue:

- I.- Por la emancipación o mayor edad de los hijos;
- II.- Por la pérdida de la patria potestad;
- III.- Por renuncia.

Art. 385.- La renuncia de usufructo hecha a favor del hijo, será considerada como donación.

Art. 386.- Los padres no tienen obligación de dar cuenta de su gerencia más que respecto de los bienes de que fueron meros administradores.

Art. 187.- Los padres deben entregar a sus hijos, luego de que se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les correspondan.

Art. 188.- En todos los casos en que el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos menores, éstos serán representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

5.1.3. De la manera de acabarse y suspenderse la

Patria Potestad.

Art. 189.- La patria potestad se acaba:

- I.- Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II.- Por la emancipación;
- III.- Por la mayor edad del hijo.

Art. 190.- La patria potestad se pierde:

- I.- Cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena -- que importe la pérdida de este derecho.
- II.- En los casos de los artículos siguientes;

Art. 194.- Ejecutoriada el divorcio quedarán los hijos bajo la potestad del cónyuge no culpable.

Art. 247.- El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá -- todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente.

Art. 191.- Los tribunales pueden privar de la patria potes--

dad a] que la ejerce, o modificar su ejercicio, si trata a los que están en ella, con excesiva severidad, no los educa, o les impone preceptos inmorales, o les da ejemplos o conceptos corruptores.

Art. 392.- La patria potestad se suspende:

I.- Por incapacidad declarada judicialmente;

II.- Por la ausencia declarada en forma;

III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Art. 393.- Los padres conservan su derecho al usufructo de los bienes de los hijos, si por demencia han quedado suspensos del ejercicio de la patria potestad.

Art. 394.- El padre podrá nombrar en su testamento a la madre y a las abuelas en su caso, uno o mas consultores, cuyo dictamen haya de oír para los actos que aquel determine expresamente.

Art. 395.- No gozará de ésta facultad el padre que, al tiempo de morir, no se hallare en el ejercicio de la patria potestad, aunque el nombramiento se haya hecho en testamento anterior a la pérdida o suspensión del derecho.

Art. 396.- Cuando la suspensión se funde en ausencia o locura, valdrá el nombramiento, si se hizo en testamento anterior a la declaración de ausencia, o a la enajenación mental.

Art. 397.- La madre o abuela que dejare de oír el dictamen del consultor o consultores, podrá ser privada, en juicio contradictorio, con audiencia del Ministerio Público, de toda su autori-

dad y derechos sobre sus hijos o nietos a instancia de aquéllos; - pero el acto ejercido no se anulará por este solo motivo.

Art. 398.- La madre, abuelos y abuelas pueden siempre renunciar su derecho a la patria potestad o al ejercicio de ésta; la -- cual en ambos casos recaerá en el ascendiente a quien corresponda, según la ley. Si no lo hay, se proveerá de tutor al menor conforme a este derecho.

Art. 399.- El ascendiente que renuncia la patria potestad, - no puede recobrarla.

Art. 400.- La madre o abuela viuda que vive en concubia o dá a luz un hijo ilegítimo, pierde los derechos que le concede el art. 366.

Art. 401.- La madre o abuela que pasa a segundas nupcias, -- pierde la patria potestad. Si no hubiere persona en quien recaiga, se proveerá a la tutela.

Art. 402.- La tutela en ningún caso podrá recaer en el segundo marido.

Art. 403.- La madre o abuela que volviese a enviudar, recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias.

(81)

[81] Código Civil de 1887, Imprenta del Estado en la Escuela de Artes y Oficios, Oaxaca, 1888, p. 58-61.

3.3. De la manera de regular la Patria Potestad en el Código Civil de 1878.

Art. 389.- Los hijos cualquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Art. 390.- Los hijos menores de edad, no emancipados, están bajo la Patria Potestad, mientras existe alguno de los ascendientes a quienes corresponde aquella según la ley.

3.3.1. Efectos de la Patria Potestad respecto de la persona de los hijos.

Art. 391.- La Patria Potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados ó reconocidos.

Art. 392.- La patria potestad se ejerce:

- I.- Por el padre;
- II.- Por la madre;
- III.- Por el abuelo paterno;
- IV.- Por la abuela paterna;
- V.- Por el abuelo materno;
- VI.- Por la abuela materna.

Art. 393.- Solo por muerte, interdicción o ausencia del llamado preferentemente, estará al ejercicio de la patria potestad el que le siga en el orden establecido en el artículo anterior.

Art. 399.- El que está sujeto a patria potestad, no puede -- comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso - consentimiento del que ejerce aquel derecho.

5.2.2. De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos.

Art. 413.- Los padres deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipan o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y - frutos que les pertenezcan.

5.2.3. De la manera de acabarse y suspenderse la patria potestad.

Art. 414.- La patria potestad se acaba:

- I.- Por la muerte del que la ejerce, si no hay sobre quien recaiga;
- II.- Por la emancipación;
- III.- Por la mayor edad del hijo.

Art. 415.- La patria potestad se pierde:

- I.- Cuando el que la ejerce, es condenado a alguna pena -- que importe la pérdida de este derecho;
- II.- En los casos de divorcio.

Art. 416.- La patria potestad se suspende:

- I.- Por incapacidad declarada judicialmente;
- II.- Por ausencia declarada en forma;
- III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta - suspensión. (83)

5.3. De la manera de regular la Patria Potestad en el Código Civil de 1916.

Art. 411.- Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Art. 412.- Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la Patria Potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.

5.3.3. Efectos de la Patria Potestad respecto de la persona de los hijos.

Art. 413.- La Patria Potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le imprimen las resoluciones que les dictan, de acuerdo con la Ley sobre Revisión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

Comentario.- Establece las limitaciones sobre las que se debe ejercer la Patria Potestad y que están debidamente protegidas por la Ley.

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.

Comentario: El ejercicio de la patria potestad nos muestra - que existe una igualdad tanto de la línea paterna como de la materna, de conformidad con lo que establece el art. 4º Constitucional; el varón y la mujer son iguales ante la ley.

Art. 415.- Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la Patria Potestad.

Comentario: La Patria Potestad solamente se ejercerá sobre hijos legítimos o reconocidos.

Art. 416.- Cuando por alguna circunstancia dejare de ejercer la patria potestad alguno de los padres, la ejercerá el otro.

Comentario: Este artículo es de gran importancia pues sitúa a la madre al mismo rango que el padre por lo que se refiere al ejercicio de la patria potestad; influencia española como se puede comprobar en el estudio anterior que se hizo sobre España.

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

Comentario: Es importante que la Ley proteja al menor y a sus intereses, de ahí que se tendrá la facultad de designar a cualquiera de los padres, eligiendo a aquél que cuida mejor del hijo y

de sus intereses.

Art. 418.- A falta de padres ejercerán la patria potestad -- sobre el hijo, los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, en el orden que determina el -- Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Art. 419.- La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la -- ejercerán únicamente las personas que lo adopten.

Comentario: Es importante mencionar que respecto al adoptado solo van a existir relaciones entre adoptante(s) y adoptado(s), lo que se conoce como parentesco civil.

Art. 420.- Solamente por falta o impedimento de todos los -- llamados preferentemente entrará al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las personas (2), a quienes corres-- ponde ejercer la patria potestad, la que queda continuará en el -- ejercicio de ese derecho.

Comentario: Se establece la forma en que debe ejercerse la -- patria potestad de una manera clara, con el objeto de proteger al -- menor.

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

Art. 422.- A las personas que tienen al hijo bajo su patria,

potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Art. 433.- 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 suficientes.

Comentario: La ley otorga a los padres la facultad de educar a sus hijos y corregirlos, siempre y cuando no abusen de ello pues se les impondrán las sanciones correspondientes establecidas en el Código Penal.

Art. 284.- CÓDIGO PENAL.- Las lesiones inferidas por quienes ejerzan la patria potestad no serán punibles cuando tarden en sanar menos de 15 días (primera parte del 283). En cualquier otro caso se le aplicará la sanción correspondiente y podrá perder la potestad.

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

Comentario: El hijo menor o incapacitado por causas de capacidad de ejercicio debe ser representado en juicio por los titulares de la patria potestad.

§.3.2. Efectos de la Patria Potestad respecto de
los bienes de los hijos.

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

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

Comentario: Muestra la calidad conjunta que tiene la patria potestad al ser ejercida por ambos padres.

Art. 427.- La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

Comentario: Establece la limitación a los padres para el caso de las decisiones que deban tomarse cuando representan al hijo en un juicio.

Art. 428.- Los bienes del hijo, mientras está bajo la patria potestad se dividen en dos clases:

I.- Bienes que adquiriera por su trabajo;

II.- Bienes que adquiriera por cualquier otro título.

Art. 429.- Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

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

Comentarios: A los artículos 428, 429 y 430.- Establece la clase de bienes que tiene el hijo mientras está sujeto a la patria potestad, la manera de administrarlos, cuáles pertenecen al hijo y en qué forma proporcional y los que pertenecen a los padres por ejercer la patria potestad.

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

Comentarios: Significa que el derecho de usufructo por parte de los padres es un derecho renunciabile.

Art. 432.- La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo se considera como donación.

Art. 431.- Los réditos y rentas que hayan vencido antes que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad correspondiera al hijo, pertenecerán a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad.

Comentario: Significa que mientras el hijo tenga posesión de ciertos bienes, pertenecerán a él por no haber entrado a tiempo a poseerlos aquellos que ejerza la patria potestad.

Art. 434.- El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo obligaciones, - además de las impuestas a los usufructuarios excepto en el caso de dar fianza fuera de los casos siguientes:

- I.- Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra o están concursados;
- II.- Cuando contraigan ulteriores nupcias;
- III.- Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

Comentario: Establece las bases sobre las que debe reglamentarse el usufructo a que tienen derecho los padres cuando ejerzan la patria potestad.

Art. 435.- Cuando por la ley o por la voluntad del padre el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establezca la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raices.

Comentario: Emancipado significa libre de patria potestad, cuando la autoriza la ley u otorgue su consentimiento el padre y la madre o quien esté en el ejercicio de la patria potestad con las limitaciones legales que se establecen.

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

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

Comentario: Establece las restricciones a los que ejercen la patria potestad respecto de los bienes de los hijos, con el objeto de evitar abusos o menoscabo en el patrimonio del menor.

Art. 437.- Siempre que el juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad para enajenar un bien inmueble o mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto al que se destinó y para que el resto se invierta en la adquisición de un

inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

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

Comentario: Establece los requisitos a seguir para el caso de la venta de algún bien del menor hecha por los que ejercen la patria potestad, pero siempre bajo la vigilancia y autorización del Juez.

Art. 438.- El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad se extingue:

- I.- Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos;
- II.- Por la pérdida de la patria potestad;
- III.- Por renuncia.

Art. 439.- Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos.

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

Comentario: Para proteger los intereses de los hijos en juicio o fuera de él con lo que se les puede nombrar un tutor por el

just para el caso de que sus ideas contravengan a las de sus padres en juicio.

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

Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso. [81]

Art. 442.- Las personas que ejercen la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipan o lleguen a la mayor de edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

Comentario: En México la patria potestad se extingue con la mayoría de edad del hijo, lo que no sucedía por ejemplo en Roma - en donde la patria potestad para el paterfamilias era de carácter vitalicio.

5.3.3.- Modos de acabarse y suspenderse la Patria Potestad.

Art. 443.- La patria potestad se acaba:

[81] Nota: Se ve que el mayor de 14 puede por sí mismo que se tomen esas medidas o bien al M.P. cuando se derrochan los bienes de los hijos por los padres.

- I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- II.- Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III.- Con la mayor edad del hijo.

Art. 444.- La patria potestad se pierde:

- I.- Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a -- la pérdida de este derecho, o cuando es condenado dos_ o más veces por delitos graves.
- II.- En los casos de divorcio.
- III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, -- malos tratamientos o abandono de sus deberes padiera -- comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la -- sanción de la ley penal.
- IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieron de_ sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de -- seis meses.

Art. 445.- La madre o abuela que pase a segundas nupcias no pierde por este hecho la patria potestad.

Art. 446.- El nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior.

Art. 447.- La patria potestad se suspende:

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

Art. 448.- La patria potestad no es renunciabile; pero aquellos a quienes corresponde ejercerla pueden excusarse:

- I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos;
- II.- Cuando por su mal estado habitual de salud no pueden atender debidamente a su desempeño. (84)

5.4. Filiación, Concepto.

Puede definirse como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de otra.

La filiación es considerada en el ámbito jurídico, como la expresión del hecho biológico de la procreación, a toda persona corresponde una cierta filiación; aun cuando no sea siempre posible

(84) Código Civil 1928, Editorial Porrúa, S. A. 56a. edición, México, 1988, p. 120-125.

conocer ésta, porque se carezca de pruebas o porque éstas sean insuficientes.

La filiación constituye un estado jurídico, en cambio la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento son hechos jurídicos. El estado jurídico consiste en una situación permanente de la naturaleza o del hombre que el Derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que se están renovando continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esa situación se continuará produciendo esa consecuencia.

La filiación se relaciona con el concepto jurídico de parentesco consanguíneo, ya sea en línea recta o colateral, queda establecido respecto de las personas que descienden de un tronco común; es decir, de una pareja de progenitores, un varón y una mujer, que son los ancestros de un grupo de parientes. La fuente primordial de la familia es la filiación, que es el parentesco más cercano y más importante, el que existe entre los padres y los hijos y que por su particular relevancia, toma el nombre de filiación.

El parentesco, resulta de la comunión de sangre, es un lazo natural. Al efecto, se llaman parientes a las personas que descienden unas de otras o que descienden de un progenitor común. (83)

(83) En jurisprudencia tomada de la L. del Sembrado Judicial de la Federación, 1923, p. 613 se dió la prueba de la maternidad y filiación, cuando determinada mujer haya comparecido ante el Jefe del Registro Civil junto con el padre del varón a presentarlo para su inscripción y haya formado el acta sin indicar no ser la madre, implícitamente aceptación de la maternidad, pero de no ser así afectaría su honor y el nombre de su familia de una manera irreparable; pero esto sólo se ordena por medio de la filiación.

5.4.1. Especies de Filiación.

La filiación puede derivar de una relación de descendencia o de la voluntad declarada por la que una persona adquiere los derechos y las obligaciones que nacen de la paternidad o de la maternidad, respecto de otra persona. En el primer caso, la filiación es consanguínea; en el segundo caso, la filiación es adoptiva.

Se clasifica a la filiación consanguínea en matrimonial y extramatrimonial, según que exista el vínculo de matrimonio entre el padre y la madre de la persona de que se trata, o por el contrario, que los progenitores no se encuentran ligados entre sí, por el vínculo conyugal.

En nuestra antigua legislación civil (Códigos Civiles de 1884 y 1870 así como la Ley de Relaciones Familiares), a los hijos nacidos de dos personas unidas por el vínculo de matrimonio, se les llamaba legítimos; en tanto que se les llamaba naturales o ilegítimos, a aquellos cuyo padre y cuya madre no estaban casados.

El sistema adoptado por el Código Civil vigente del Distrito Federal, difiere con los conceptos establecidos en los códigos europeos, y esta diferencia se revela en dos aspectos: a) Coloca en igualdad a los hijos habidos en el matrimonio y a los hijos habidos fuera de matrimonio. Uno y otros adquirieron aquellos derechos y obligaciones no sólo respecto del padre y de la madre, sino en cuanto al hijo habido fuera de matrimonio entra a formar parte de la familia de su padre y de su madre; b) En cuanto desaparece respecto de los hijos fuera de matrimonio, toda distinción en adulto-

ricos, incestuosos, sacrilegos, etc.

A este respecto la Exposición de Motivos del Código Civil -- del Distrito Federal se expresa así: Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen.

El Código Civil vigente establece diversas reglas aplicables según se trate de la filiación matrimonial o extramatrimonial, relativas a la manera conforme a la cual queda probada la filiación en uno u otro caso; pues en tanto a los hijos de matrimonio, la filiación se prueba con el acto de matrimonio de los padres, la filiación extramatrimonial sólo puede probarse respecto de la madre por el hecho del nacimiento y respecto del padre por un acto de voluntad (reconocimiento), o a través de un juicio de investigación de paternidad.

Es verdad que el código se califica la legitimidad o ilegitimidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio; pero también es cierto que, desde el punto de vista de la prueba de la filiación, el legislador establece la distinción entre hijos nacidos de matrimonio e hijos habidos fuera de él.

5.4.2. De los hijos nacidos de matrimonio.

Deben considerarse hijos nacidos de matrimonio, aquellos cuyo padre y madre estaban casados en el momento de la concepción. Por lo tanto, la regla es que la clasificación de los hijos, como hijos de matrimonio depende de que, por la fecha de nacimiento del hijo de que se trate, se presume que fue concebido después del matrimonio de sus padres. Se presumen hijos del marido salvo prueba en contrario, los que ha dado a luz la mujer casada, durante el matrimonio. En virtud de esta presunción, el hijo de matrimonio no tiene que probar quién es su padre, porque el Código Civil presume que el embarazo de la madre es obra del marido, con quien ella cohabitaba en la época de la concepción.

Para determinar desde el punto de vista jurídico, la época de la concepción, el Art. 124 del Código Civil toma en cuenta el período normal de la gestación: presume que fueron concebidos durante el matrimonio, los hijos nacidos después de ciento ochenta días de celebrado éste (plazo mínimo de la gestación), y también los hijos que nazcan dentro del plazo de trescientos días contados a partir de la disolución del vínculo matrimonial o de la separación material de los esposos (período máximo de gestación). Esta presunción, no puede ser destruida fácilmente por los cónyuges.

El Art. 145 del Código Civil establece: No basta el dicho de la mujer para excluir de la paternidad al marido; mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio. El marido tendrá que probar que durante los ciento veinte días primeros, de los trescientos -

que procedieron al parto le ha sido físicamente imposible tener un caso carnal con su mujer. Sólo en dos casos el marido podrá res--
dir esta prueba a saber:

Cuando se trate de impotencia para la cópula debida a mutila--
ción o deformación de los órganos sexuales y también cuando se en--
cuentra alejado físicamente de su mujer, excepto que haya prueba --
de que los cónyuges se reunieron alguna vez, dentro del período de
ciento veinte días a que se refiere el precepto legal que se consen--
ta.

Son tres los casos en que el hijo nacido antes de ciento --
ochenta días de celebrado el matrimonio, se considera hijo de ma--
trimonio, a saber:

a) Cuando se prueba que el marido antes del matrimonio, tuvo
conocimiento del embarazo de la mujer.

b) Cuando el marido ha concurrido al levantamiento del acta --
de nacimiento y lo ha firmado o éste contiene su declaración de no
haber firmado.

c) Cuando el hijo que la esposa diere a luz antes de los --
ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, ha
sido reconocido previamente por el esposo de aquélla. El reconoci--
miento puede tener lugar, antes o después de celebrado el matrimo--
nio.

3.4.3. La acción de desconocimiento de la paternidad.

Tiene por objeto destruir la presunción de la paternidad del
marido, respecto de los hijos de su esposa, que nazcan después de

ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y antes de los trescientos días de disuelto éste o desde que se interrumpió la cohabitación entre ambos.

Esta acción sólo puede ser ejercida por el marido; sólo en casos excepcionales los herederos del marido, pueden impugnar la paternidad de hijo nacido de matrimonio que deriva de tal presunción.

En relación a los hijos de la mujer casada que nacen antes de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y después de trescientos días en que cesa la vida en común, la ley no ha establecido presunción de paternidad y por lo tanto el marido no necesita ejercer la acción de desconocimiento; le bastará negar que es padre de tal hijo.

En cuanto al hijo nacido después de los trescientos días con talos desde que los cónyuges dejaron de vivir juntos por nulidad de matrimonio o por divorcio, el marido bastará negar la paternidad; aun cuando la mujer, el hijo o el tutor de éste, puedan sostener que el marido es el padre.

El plazo para el ejercicio de la acción de desconocimiento, de la paternidad que corresponde al marido, es de sesenta días contados desde el nacimiento, si está presente, desde el día en que llegó al lugar, si está ausente o desde el día en que descurrió el fardo, si se le ocultó el nacimiento. Las cuestiones relativas a la paternidad respecto del hijo nacido después de trescientos días

de la disolución del matrimonio, podrá promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación. (Art. 139 Código Civil).

5.4.4. Prueba de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio: las actas del estado civil.

La filiación del hijo nacido de matrimonio queda probada de la siguiente manera: a) Con el acta de matrimonio de los padres; b) Con el acta de nacimiento del hijo. Se requiere además la prueba de la identidad del hijo; las actas del Registro Civil son la prueba de dos hechos: el matrimonio de los padres y que una persona es hijo de ambos cónyuges. Si una persona protesta que es hijo de matrimonio, su filiación sólo quedará establecida legalmente por medio de dichas actas, siempre que se compruebe que los datos de los documentos se refieren a la persona cuya filiación se trata de establecer.

5.4.5. Prueba de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio: la posesión de estado.

Una persona se halla en posesión de estado, cuando ostenta públicamente de una manera regular y constante, un estado civil (estado de hijo), que puede o no coincidir con el que jurídicamente le pertenece. A falta del acta de Registro Civil, la posesión constante de estado, es el reconocimiento más eficaz de que efectivamente se tiene el título (esusa legítima), del estado civil de que se trata.

Respecto a los casos en que es admisible la prueba de la fi-

liación de hijo de matrimonio por medio de la posesión de estado, debe decirse que se trata de una prueba subsidiaria que sólo procede a falta de actas o cuando éstas fuesen defectuosas, incompletas o falsas.

La posesión de estado se prueba en un juicio de reclamación de estado, de investigación de la maternidad o paternidad, los hechos que suplen al acta de estado civil y que están sujetos a prueba son: el trato de hijo que ha recibido el demandante de su presunto padre y de la familia de éste o de su presunto madre; el uso del apellido de la persona de quien se reclama la paternidad, con la ausencia de ésta, y que el padre tiene la edad para contraer matrimonio, más la edad del hijo cuya filiación se trata de establecer. Cuando han verificado la prueba de estos elementos de hecho que da probada la posesión de estado.

Probada la posesión de estado, en ella queda comprendido: 1o. que una mujer ha dado a luz un hijo; 2o. que el hijo ha sido engendrado por un determinado hombre; 3o. también ha quedado probada la identidad de la persona que posee ese estado civil. La posesión de estado no podrá probar la filiación, si el padre no tiene la edad requerida para contraer matrimonio (diecisiete años), más la edad del hijo cuya filiación se trata.

El Art. 143 del Código Civil exige que el trato, provenga no sólo del marido sino de la familia de éste y en la sociedad, pues se exige que sea considerado públicamente como hijo.

Se dice que no se requiere de tal reconocimiento por parte - de la familia de la madre, porque la filiación materna resulta del sólo hecho del nacimiento y es siempre conocida.

5.4.4. Reclamación de estado.

Al hijo que pretenda haber nacido de matrimonio, compete acción para reclamar su estado de legitimidad. La acción se dirige_ en contra del esposo de la madre. La reclamación de estado, que - tiene por objeto el establecimiento de la filiación paterna, es -- propiamente una acción de legitimación. Puede ser ejercida por el hijo de cuyo estado se trata y por sus descendientes, en cuyo caso la acción es imprescriptible. Los demás herederos del hijo, po- - drán intentar la acción de reclamación de estado, cuando éste haya muerto antes de cumplir veintidos años o cuando habiendo caído en_ demencia antes de esa edad, murió después en el mismo estado. Los herederos podrán continuar la acción judicial que haya intentado - el hijo; excepto que éste se hubiere desistido formalmente de ella o que haya caducado el procedimiento judicial, por falta de promo- ción durante un año, contado desde la fecha de la última diligenc- cia.

La acción de reclamación de estado puede ser ejercida excep- cionalmente por los acreedores, legatarios y donatarios, en los -- mismos casos en que dicha acción compete a los herederos, si el hi_ jo no dejó bienes suficientes para pagarlos. Para los herederos - colaterales y los acreedores, legatarios y donatarios, la acción - prescribe a los cuatro años, contados desde el fallecimiento del_ hijo.

5.4.7. Conflictos de paternidad.

Existe la problemática de saber de quién es la paternidad -- de un hijo en el caso de una mujer viuda, divorciada o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, que contraiga nuevas nupcias violando la prohibición del Art. 138 del Código Civil y antes del vencimiento del plazo de trescientos días de disuelto el vínculo.

a) Si el hijo nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de los ciento ochenta días subsiguientes a la celebración del segundo, se presume que el padre de ese hijo es el primer marido.

b) Por lo contrario, se reputa que es del segundo marido, si nace después de ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio aunque el nacimiento haya ocurrido dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio. Para destruir cualquiera de esas presunciones, deberá quedar probada plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye.

c) Se considera que el hijo ha nacido fuera de matrimonio, si nace antes de ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio y después de trescientos días de disuelto el primero.

La paternidad del hijo que ha dado a luz la mujer antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del segundo matrimonio y dentro de trescientos días de disuelto el primero, no podrá atribuirse al segundo marido aunque éste haya concurrido al

levantamiento del acta de nacimiento y haya sido firmada por él -- o contenga su declaración de no haber firmado, ni podrá reconocer como suyo, al hijo de su mujer, en virtud de la presunción legal de paternidad en favor del primer marido.

Por otra parte, no basta que el segundo marido haya sabido -- antes de casarse, del embarazo de su futura consorte, para que seija la presunción de paternidad en su contra, porque frente al conflicto de dos presunciones legales, una de carácter general mencionada en la fracción I del Art. 328 que se comenta y otra especial, establecida para el caso de conflicto de paternidad a que alude la fracción I del Art. 314, debe prevalecer esta última. (96)

5.5. De los hijos nacidos fuera de matrimonio y de la manera para su reconocimiento.

Los hijos nacidos fuera de matrimonio tienen los mismos derechos que los hijos legítimos, para conocer su filiación. La maternidad queda establecida por el parto; la madre está obligada a que su nombre aparezca en el acta de nacimiento del hijo que ha dado a luz. La paternidad se establece:

- a) Por medio del reconocimiento voluntario.
- b) Por una sentencia pronunciada en el juicio de investigación de la paternidad.

(96) JESUACIO CALIXTO CAMPOS: Derecho Civil Primer Curso, Parte General Peruanas. Familia, Ed. Porrua. 3a. edición, México, 1987, p. 417-429.

Para reconocer a un hijo se requiere que la persona que reconoce tenga la edad requerida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido; se requiere del consentimiento del que va a ser reconocido, si es mayor de edad, o del tutor si éste es un menor. Los efectos del reconocimiento son: que el hijo reconocido lleve el apellido de quien lo reconoce, que sea alimentado por éste y que perciba una porción hereditaria. El reconocimiento puede ser impugnado en un juicio de contradicción de la paternidad, en el caso de que quien reconoce no pueda ser el padre o la madre del reconocido. El progenitor puede contradecir el reconocimiento que ha hecho indebidamente otra persona. La mujer que ha cuidado de un niño como si fuera su hijo, puede oponerse al reconocimiento que un varón haga como hijo suyo. El reconocimiento de la paternidad, quedará sin efecto cuando se realice sin el conocimiento de la madre.

Las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo pueden instarse en vida de los padres, excepto cuando estos hubieran muerto antes de que el hijo alcanzase la mayoría de edad. La acción de investigación de la paternidad solamente puede ser ejercida en los casos siguientes:

- 1o. Cuando ha habido rapto, estupro o violación y la época del delito coincide con la de la concepción.
- 2o. Cuando el hijo se encuentra en posesión de estado de hijo del presunto padre.
- 3o. Cuando el hijo fué concebido durante el tiempo en que la

madre viva maritalmente con el presente padre.

4o. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba -- por escrito.

El ejercicio de la acción de la investigación de la maternidad, está prohibido cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada. La maternidad queda probada con el simple hecho del alumbramiento y con la identidad del presente hijo.

El matrimonio subsiguiente de los padres hace que se tenga como legítimos a los hijos concebidos antes de la celebración del matrimonio. La legitimación presupone que el hijo ha sido reconocido por el padre y la madre. Aunque el reconocimiento sea posterior, - los hijos legitimados adquieren sus derechos desde el día que se celebró el matrimonio. (81)

5.4. La Adopción. Concepto.

Es el acto jurídico por virtud del cual una persona mayor de 25 años, por propia declaración de voluntad y previa la aprobación judicial, crea un vínculo de filiación con un menor de edad o con un emancipado. Crea una relación de paternidad respecto de un extranjero, donde la naturaleza se lo ha establecido; así, el vínculo jurídico queda establecido exclusivamente entre el adoptante y el adoptado, permeando este último extraño a la familia del adoptante. El Código Civil para el Distrito Federal considera a la adopción como una fuente de parentesco civil, aún cuando no es fuente de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante.

(81) *Ibid.* p. 431-441.

En nuestro Código Civil se establece que la adopción es una institución que ha sido creada fundamentalmente con fines de protección de la persona y de los bienes de menores de edad no emancipados y de los mayores de edad incapacitados.

5.6.1. Antecedentes Históricos.

En el derecho Justiniano la *Adoptio*, tenía lugar mediante una declaración de voluntad del paterfamilias del adoptante, del consentimiento del adoptado y de quien lo tenía bajo su patria potestad; todo ello ante el Registrado, quien autorizaba la adopción.

Fue Justiniano quien estableció dos tipos de adopción:

a) La *Adoptio Plena*.- Es la adopción tal como había sido conocida en el derecho romano antiguo; el adoptado de una manera completa ingresaba como un nuevo miembro del grupo familiar creándose por el paterfamilias adoptante, con todos los derechos por el paterfamilias y obligaciones de todos los que se hallaban sometidos a la potestad del jefe; adquirían nombre, pronombre patronímico, tomaban parte de las solemnidades del culto doméstico, se consideraba agnado en el nuevo grupo de la familia.

b) La *Adoptio Simul Plena*.- Se derivaba al adoptado de su propia familia, ni lo sustrae de la potestad del paterfamilias del grupo a que naturalmente pertenecía. Subroga al adoptado el derecho de suceder en el patrimonio del adoptante extraño.

5.6.2. Naturaleza Jurídica de la Adopción.

Para que la adopción se realice, es necesario la autorización

ción judicial, que no puede ser otorgada sino después de que se -- han comprobado los requisitos que la ley señala para la adopción; debe llevarse a cabo ante el Juez de lo Familiar, de acuerdo a las normas especiales establecidas en el Código de Procedimientos Civiles (art. 933 y sigs.).

Debe concurrir en el acto de la adopción, junto a la voluntad de los particulares, la voluntad del órgano judicial coordinándose entre sí, porque si bien el adoptante tiene un interés generalmente de carácter afectivo, para llevar a cabo la adopción, ese interés privado se conjuga con el interés que tiene el Estado en la protección de los menores e incapacitados, que es un interés público y que exige la intervención del órgano jurisdiccional para cuidar que la adopción se lleve a cabo en beneficio del menor. De allí que el acto de la adopción, sea un acto jurídico complejo, de carácter mixto, en el que por participar a la vez el interés de los particulares y del Estado, debe considerárselo como un acto mixto. (86)

5.4.3. Caracteres.

a) Es un acto solenne porque sólo se perfecciona a través de la forma procesal que establece el Código de Procedimientos Civiles.

(86) A diferencia que en Roma pues allí se verificaba mediante 3 ventas ficticias.

b) Es un acto plurilateral, porque requiere fundamentalmente del acuerdo de voluntades del adoptante y el adoptado a través de su representante y exige una resolución judicial.

c) Es un acto constitutivo de la filiación y de la patria potestad que surge al adoptante.

d) Eventualmente es un acto extintivo de la patria potestad, en el caso de que en el momento de la adopción existan antecedentes de quienes hasta entonces ejercían la patria potestad, sobre el adoptado.

e) Es un instrumento legal de protección de los menores e incapaces.

3. 4. Requisitos.

a) El adoptante debe ser persona física.

b) Nadie puede ser adoptado por más de una persona, excepto cuando los adoptantes sean marido y mujer.

c) El tutor no puede adoptar a su pupilo, mientras no hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela.

d) En el adoptante deben concurrir los siguientes requisitos:

1o. Debe ser mayor de veinticinco años.

2o. Ha de estar en pleno ejercicio de sus derechos.

3o. Debe acreditar su buena conducta.

4o. Ha de contar con bienes suficientes así como medios económicos para proveer a la subsistencia y educación del adoptado.

e) El adoptado debe ser:

1o. Menor de edad, o

2o. Mayor de edad incapacitado, y

3o. Diecisiete años menor que el adoptante.

f) Han de concurrir los siguientes requisitos en el acto:

1o. El consentimiento de quienes ejercen la patria potestad sobre la persona que se va a adoptar, de su tutor, de quienes lo hayan acogido como hijo o del Ministerio Público.

2o. El consentimiento del menor, si tiene más de catorce años.

g) La autorización judicial.- La aprobación del juez, no podrá ser otorgada, si este funcionario no comprueba que se ha reunido aparte, el consentimiento de las personas que deben representar lo, los demás requisitos mencionados en los preceptos legales.

5.4.5. Procedimiento de Adopción.

Los trámites de la adopción se llevan a cabo en vía de jurisdicción voluntaria, ante el Juez de lo Familiar competente; el procedimiento se inicia mediante un escrito, en el que deberá manifestarse el nombre y la edad del menor o incapacitado y el nombre y domicilio de quienes ejercen sobre él la patria potestad o la tutela de las personas o instituciones de beneficencia que lo hayan acogido.

Hechas las pruebas, para demostrar que se han llenado los requisitos que para que tenga lugar la adopción exige el Código Civil y el de Procedimientos Civiles y después de que se ha obtenido el consentimiento, el juez resolverá dentro del tercer día, autorizando o denegando la adopción.

Luego que cause ejecutoria la resolución judicial aprobando la adopción, quedará ésta consumada. Aprobada la adopción, el juez remitirá copia de las diligencias, al juez del Registro Civil del lugar, para que levante el acta de adopción. El acta de adopción contendrá los nombres, apellidos, edad y domicilio del adoptante y del adoptado; el nombre y demás generales de las personas, cuyo consentimiento hubiere sido necesario para la adopción; los nombres, apellidos y domicilios de las personas que intervengan como testigos. En el acta se insertará íntegramente la resolución judicial que haya autorizado la adopción. La falta de registro del acta de adopción, no invalida a ésta. Los responsables de la omisión, incurrirán en una multa que impondrá y hará efectivo la autoridad ante quien se pretenda hacer valer la adopción.

5.6.6. Efectos.

Da lugar al parentesco civil, pero solo entre el adoptante y el adoptado. No surge ninguna relación de parentesco entre el adoptado y los parientes del adoptante, ni entre éste y los parientes del adoptado.

La adopción es un impedimento para la celebración del matrimonio entre adoptante y adoptado y sus descendientes aún después de anularse.

Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al padre adoptivo.

El padre o la madre adoptivos, tendrán la representación del

adoptado en juicio y fuera de él; al adoptante corresponderá la administración de los bienes del adoptado y la mitad del usufructo de los bienes de éste; el adoptante está obligado a dar alimentos al adoptado y nace la recíproca vocación hereditaria.

El adoptante tiene el derecho de corregir y castigar sucesivamente al adoptado.

El adoptado, además de la obligación de dar alimentos al adoptante, si los necesita, debe vivir al lado de éste y ha de respetar y de honrar a su padre adoptivo. Tiene derecho a llevar el apellido de quien lo ha adoptado y a participar en la sucesión hereditaria de éste último. La adopción producirá sus efectos, aunque sobrevengan hijos al adoptante.

3.4.7. Terminación.

La adopción termina a solicitud conjunta del adoptante y del adoptado o su representante, por impugnación o porque si se trata de un menor de edad, éste llega a la mayoría de edad o se produce la emancipación o se revoca la adopción por ingratitude.

El adoptante dentro del año siguiente a su mayoría de edad, o a la fecha en que haya desaparecido su incapacidad, puede impugnar la adopción fundado en la falta de alguno de los requisitos que la ley establece para que ésta tenga lugar. (19)

(19) *Ibid.*, p. 652-661.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Patria Potestad se funda mediatamente en el hecho de la procreación e inmediatamente en la necesidad de la conservación, educación y defensa de los hijos, de sus derechos y de su persona; pues quien da el ser a un hijo, ha de dar también los medios necesarios para que éste exista.

SEGUNDA.- Padres e hijos forman una sociedad (sociedad paterno-filial), que, conjuntamente con la conyugal, forma la familia, - sociedad anterior al Estado y a la sociedad civil, fundada ineludiblemente en la naturaleza, con fines propios y distintos de los del Estado y de la sociedad en general.

TERCERA.- Que el Estado ha dotado de cierto poder a los padres para que eduquen a sus hijos, así como para que velen por su bienestar dándoles la facultad de administrar sus bienes.

CUARTA.- Se puede establecer que la Patria Potestad es una - institución de carácter natural, por fundarse eminentemente en la naturaleza y a la vez jurídica por sostener derechos y deberes exigibles socialmente y por ser la familia la base de la sociedad.

QUINTA.- La Patria Potestad no es un poder absoluto e ilimitado como lo creyeron los pueblos antiguos, sino que tiene límites que se encuentran implícitos en la propia naturaleza de la institución.

SIXTA.- Así, los padres que ejercen la patria potestad tie-

nes derechos otorgados por la ley para los mismos efectos, pero - esto no quiere decir que pueden abusar de ello ya que existen leyes positivas que protegen a los hijos en contra de los abusos de los padres.

SEPTIMA.- La Patria Potestad es aplicada igualmente a ambos padres a diferencia de los pueblos antiguos en que solo recaía en el padre.

OCTAVA.- Nada hay que pruebe la exclusividad de ejercer este poder solamente por el padre, pues ni la educación, ni la procreación, ni la alimentación, ni la defensa de los hijos son funciones exclusivas del padre, sino también de la madre.

NOVENA.- Hay que considerar que si la madre tiene los mismos deberes que el padre (deberes que integran la Patria Potestad), ha de tener los mismos derechos que éste en orden al cumplimiento de tales deberes.

DECIMA.- Hay que convenir en que no hay potestad puramente paterna sino que es del padre y de la madre una patria potestad de carácter conjunta.

BIBLIOGRAFIA

LEGISLACION CONSULTADA

Código Civil de 1887; Imprenta del Estado en la Escuela de Artes y Oficios, Oaxaca, 1988.

Código Civil de 1879 para el Distrito Federal. José Batiza.

Código Civil para el D.F. en materia común y para toda la República en Materia Federal; Séva. ed., Miguel Ángel Porrúa, Editor, México, 1988.

Código Penal para el Distrito Federal; Trigésimosextava ed., Miguel Ángel Porrúa, Editor, México, 1988.

Código de Procedimientos Civiles para el D.F.; Vigésimosextava ed., Miguel Ángel Porrúa, Editor, México, 1988.

HTWO. Manuel Rivera Silva; 3ra. Sala, Jurisprudencia de la S.C.J. de la Nación, México, 1984, página 613.

OBRAS CONSULTADAS

ABELLAMO GARCIA, CARLOS: Derecho Internacional Privado; 7a. ed., Porrúa, México, 1984.

ARIAS NAVAS, J.: Derecho Romano II; 14a. ed., Revista de Derecho Romano Privado, Madrid, 1977.

BONFANTE, FEDERICO: Instituciones de Derecho Romano; Reus Editoras, S.A., Madrid, 1976.

BRAVO VALDES BEATRIZ: 1er. Curso de Derecho Romano; 3a. ed., Pax-México, Editoras, México, 1989.

CASTAN VAZQUEZ, JOSE MARIA: La Patria Potestad; Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.

- DE COULANGES, PUSTEL: La Ciudad Antigua; Edaf, Ediciones Distribuciones, S.A., Madrid, 1982.
- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO HISPANO-AMERICANO: Montaner y Simón Editores, Barcelona, 1960.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA ONERA: Tomo XXI, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964.
- ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA: Tomo XLII, Espasa Calpe, S.A., Editor, Madrid, 1973.
- FLORES MARGADANT, GUILLERMO: Derecho Romano; Decésima ed., Esfinge, S.A. México, 1981.
- GALINDO GARCÍAS, IGNACIO: Derecho Civil; 5a. ed., Porrúa, México, 1982.
- GRAN ENCICLOPEDIA RIALP: Tomo XVIII; Ediciones Rialp, Madrid, 1974.
- HERNÁNDEZ TEJERO, JÓSE FRANCISCO: Lecciones de Derecho Romano; 1ra. ed., Ediciones Darro, Madrid, 1978.
- IGLESIAS, JUAN: Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado, 5a. ed., Ariel, Barcelona, 1973.
- SAINZ, JOSÉ MARÍA: Derecho Romano I; 1a. ed., Limusa, S.A. de C.V., México, 1968.
- SOMM, RODOLFO: Instituciones de Derecho Privado Romano; Edisal, México, 1971.

OTRAS OBRAS CONSULTADAS

BERKE: Encyclopedi Dictionary of Roman Law: Patria Potestas.
1977.

D'ORS, ALVARO: Derecho Romano Privado: 1a. ed., Pamplona, 1981.

ESTEVILL, LUIS ALBERTO: La Adopción e Instituciones Análogas;
Buenos Aires, Argentina, 1947.

DE FRANCISCI, PIETRO: Síntesis Histórica del Derecho Romano;
Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

FUEYO LANERI, FERNANDO: Derecho Civil, Derecho de Familia; Tomo
VI, Santiago de Chile, 1973.

FLORES MARGADANT, GUILLEMO: Panorama de la Historia Universal
del Derecho; Ed. Porrúa, México, 1979.

GUTIERREZ ALVIZ Y ARMANDO, FAUSTINO: Diccionario de Derecho Roma
no; 1a. ed. Reus, S.A., Madrid, 1976.

KASEB, SAS: Derecho Privado Romano: 1a. ed., México, 1979.

LORENZO: Pater et filius actum personae; Milán, 1982.

MAZEMUD, HENRI, LEON Y JEAN: Leçons de Droit Civil; Editions
Montchrestien, Tomo I, París, 1951.

NOVISSIMO DICESTO ITALIANO: S. V. Patria Potestas; 1948.

PETIT, EUGENE: Tratado Elemental de Derecho Romano; Editorial
Epoca, México, 1977.

ROJINA VILLEGAS, SAFAEL: Compendio de Derecho Civil, Personas y
Familia; Tomo I, 10a. ed., Porrúa, México, 1982.

SCHULZ, F.: Derecho Romano Clásico; 5a. ed., 1979.