

Universidad Nacional Autónoma de México

F A C U L T A D D E D E R E C H O

**LA PARTICIPACION MATERNAL EN EL
EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD**

T Que para optar al título de
E LICENCIADO EN DERECHO
S P r e s e n t a
I
S María Victoria Jiménez Hernández



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES

Con amor y gratitud
a quienes tanto les debo.

A MIS HERMANOS

Con cariño.

AL MAESTRO IVAN LAGUNES PEREZ

A quien le expreso mi gratitud por su
valiosísima dirección en este trabajo.

AL DOCTOR RAUL ORTIZ URQUIDI

Por su simpatía y profesionalismo.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Porque ha sido mi segundo hogar.

Afectuosamente a las Señoras:

MARTHA ORTEGA DE MORALES y

SUSANA AVALOS DE MENDOZA.

CAPITULO I

DE LA PATRIA POTESTAD

I. - CONCEPTO DE LA PATRIA POTESTAD.

El Derecho como manifestación social, está íntimamente ligado con el desarrollo histórico, ya que los caracteres de una institución jurídica no son inmutables, pues se encuentran en constante evolución, a diferencia de lo que acontece en las ciencias exactas; razón por la que al elaborar el presente capítulo nos ocuparemos de estudiar el concepto, naturaleza jurídica y definición de la patria potestad. Estimamos que para el buen logro de esta finalidad es de singular importancia señalar, como lo haremos, algunos aspectos de los antecedentes históricos de dicha institución y así poder escudriñar desde su concepto original hasta llegar al Derecho moderno.

La doctrina ha venido señalando que el nombre de la institución de la patria potestad no responde ya al contenido de la misma, — pues el término parece traducir, en efecto, las ideas de poder (potestad) atribuidas sólo al padre(patria), (1). Ya en la institución de la patria potestad, como observa Dekkers, se ve hoy más que un poder una protección, protección que por otra parte no es específicamente paternal, puesto que incumbe a los dos esposos y aún a la madre sola en defecto del padre. (2)

Es importante señalar que la patria potestad fué considerada originariamente como un derecho de dominio del padre sobre el hijo — con poder absoluto sobre la vida y la muerte, diferenciándose más tarde con el carácter tuitivo, es decir con el derecho de educación y de disfrute sobre el patrimonio del hijo que no corresponde únicamente al padre sino a ambos progenitores.

Así la historia de esta institución nos muestra en efecto un doble proceso muy interesante de la patria potestad, es decir de poder (derecho) exclusivo del padre, a la patria potestad como autoridad conjunta del padre y de la madre, notándose en este último concepto, un verdadero proceso de debilitación y decadencia gradual del poder paterno muy vigoroso originariamente en que la autoridad del Pater Familias según, dice Castán Tobeñas, " tuvo que ser rígida y vigorosa para que luego con el roce continuado de las civilizaciones y el choque con distintas formas de vida, como el de los pueblos Romanos y Germánico y el surgimiento de nuevas influencias moderadas como el de la iglesia principalmente, se fuera desprendiendo de la idea de Dominio con efectos "erga omnes" para transformarse en un deber de protección y en una función tutelar, que lejos de ser un privilegio, es una carga" .(3)

Diferenciándose así de los pueblos primitivos en donde no había más agrupación que la familia cuando el padre no lo era en la exacta acepción de la paternidad, sino es quién gobierna a la familia —

comprendiendo dentro de ésta a la mujer, a los hijos y a los servidores por lo que se llegó a conceptuar a la patria potestad como una potestad familiar. decir que en los tiempos antiguos es indudable que las ideas religiosas influyeran mucho en la constitución del poder paterno, ya que el padre representaba ser el continuador de sus antepasados, el generador de los ritos del culto y de las fórmulas sagradas; explicándose así, que el poder paterno era una institución de carácter mixta con características civiles y religiosas, con lo que se entiende el poder absoluto e ilimitado del padre de familia, ya que la madre carecía de potestad en todos los casos sobre sus hijos y por lo que al abuelo paterno concierne, éste tenía ciertas preferencias sobre los hijos de éstos, porque ni el matrimonio ni la mayoría de edad eran causales de emancipación, es decir que los hijos al llegar a la mayoría de edad o al contraer matrimonio todavía estaban bajo la potestad del padre.

Al pueblo germano debemos que la patria potestad aparezca con un nuevo concepto, diverso al de sus orígenes, pues primeramente fué considerada como un poder protector y quien realmente lo ejercía representaba entre los germanos los múltiples y diversos aspectos de la autoridad real, con lo que se vislumbra una potestad moderna con un concepto diferente y que corresponde al padre y a la madre, considerada como derecho y deber de ambos progenitores. (4)

En el siglo XII aparece una profunda transformación de la patria potestad, ya que con la influencia del derecho canónico comienza a

cleo familiar e incluso contra la familia.(7)

Por lo que manifestamos, que la patria potestad es una institución de carácter civil matizada por el influjo de la moral y los derechos de quienes la ejercen se justifican en cuanto son necesarios para el eficaz cumplimiento de los deberes que implica la propia institución.

En el derecho moderno la denominación de conjunto de derechos y poderes como fué considerada primeramente, resulta un tanto inadecuada, ya que dicha designación tomada por el derecho romano ha perdido en los últimos tiempos su designación original, pues más que un poder es actualmente una institución de función social destinada a la defensa de la persona y de los bienes de los hijos sujetos a ella, es decir que más que derechos impone obligaciones a quienes la ejercen.

II. - NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD.

Al pretender estudiar la naturaleza jurídica de la patria potestad, nos encontramos con una interrogante: ¿ Se trata de una institución de derecho natural, o de una función social?

Frente a cualquiera interrogante que nos encontremos es necesario hacer notar que es evidente que en el proceso evolutivo todos los derechos han sufrido limitaciones en mayor o en menor grado, incluso la institución de la patria potestad, pues, como hemos anotado anteriormente los poderes paternos en Roma eran ilimitados, a pesar -

de las dulcificaciones habidas en la República y que como consecuencia de las relaciones cambiantes, la patria potestad evoluciona pasando de un derecho absoluto a una relación poder-deber, esto es, lo concierne a la época Helénica y al Derecho Justiniano; mientras que en la edad media y en el Derecho Romano, la organización familiar se asentaba sobre la omnipotencia del pater familias amparado en el "honra-rás a tu padre y a tu madre". En tanto que en el derecho moderno se entiende como 'las obligaciones y poderes del padre, teniendo siempre en vista la educación y protección del hijo'.(8)

Diversos han sido los motivos expuestos por los juristas para fundamentar la patria potestad, pues para unos es el hecho de la generación la causa inmediata del poder paterno; expresándolo de la siguiente manera: Hobbes estudiando la naturaleza de esta institución, analiza el hecho de que si el poder derivado de la patria potestad proviene de la generación, éste debería de corresponder a la madre, pero dado que ella está sometida al marido, es éste el que detenta el poder derivado pero absoluto.(9)

Loche, expresa "que el poder paterno es el origen de la Jefatura del Estado, y considera que lo que sujeta al hijo del padre es su debilidad e ignorancia, por lo que éste debe protegerlo y educarlo hasta que el hombre se transforme en un ser libre, es decir que conforme las leyes naturales y civiles".(10). Sostiene además que el poder -

paternal es mas deber que autoridad y el padre debe hacer todo lo --
concerniente al desenvolvimiento intelectual y físico del sujeto a patria
potestad, y en caso de abandono y atentado contra la integridad, la so-
ciedad está obligada a hacer cesar ese poder que el padre ostenta. Lle-
gando el hijo a la mayoría de edad la relación paterno filial se invier-
te y es el hijo quien tiene deberes de reconocimiento, protección y am-
paro hacia sus padres". (11)

Analizando ambas teorías encontramos sin duda alguna que --
el fundamento de la patria potestad para estos autores está en la natu-
raleza humana, es decir en el hecho de la generación considerándose --
de tal modo a la patria potestad como una institución de derecho natu-
ral que ha sufrido honda transformación y que primeramente siguió la
evolución de la familia en la que originariamente estaba estable-
cida como un derecho del padre de familia, más adelante como un pe-
queño grupo formado alrededor del padre, posteriormente a merced de
la solidaridad social pasó a ser una institución de asistencia, perdien-
do así su carácter individualista de aquellas épocas.(12)

Nosotros sostenemos, que el progreso de la sociedad se ha-
lla en la familia como consecuencia inmediata de la función de la pa-
tria potestad, ya que la misión de los padres es de trascendencia so-
cial e innegable, surgiendo aquí la necesidad de que el Estado debe vi-
gilarla, pues si bien es una institución de derecho privado, se desa-
rolla o ejerce en interés público y en beneficio del menor de edad, -

por lo tal se debe considerar como un medio por el cual se puede llevar a cabo el fin encomendado a los ascendientes siempre y en beneficio de sus menores hijos.

Antonio Cicuti, dice al respecto: "el derecho de patria potestad es un medio para cumplir un deber en el que el poder está atribuido como consecuencia de un deber jurídico preexistente, de modo tal que el interés jurídico tutelado no es ya el individuo y su derecho subjetivo sino la familia como unidad". (13)

Pero en cuanto se le considere fuera de las relaciones familiares, se entenderá como un derecho subjetivo. Al respecto, Ignacio Galindo Garfias asevera, que desde el punto de vista externo la patria potestad se presenta como "un derecho subjetivo de ejercicio obligatorio en el que se encuentra cierta semejanza y coincidencia con ciertos derechos públicos".(14)

Es importante señalar que ya existe libertad por parte de los titulares de la patria potestad para allegarse de medios idóneos necesarios para el ejercicio de su misión, ya que el padre o la madre tienen cierta libertad de disposición en lo que se refiere a la oportunidad e idoneidad de los medios a emplear para llevar a cabo esa función; libertad que se encuentra circunscrita dentro de los límites que marca el cumplimiento de los deberes propios de la patria potestad, pero no así para ejercerla.

La patria potestad no se encuentra como ocurre en otras --

en otras instituciones jurídicas en una situación de oposición y no corresponde al derecho una obligación en otra persona, sino que la función que se ha conferido a los padres es derivada de la propia naturaleza de la institución para el eficaz cumplimiento de un deber que se tiene para con los hijos menores no emancipados. Aquí la doctrina se refiere a un derecho, pero no al derecho correspondiente a un deber, esto es a un derecho del hijo, sino que por el contrario, al derecho del mismo progenitor, de lo que resulta que la doctrina reconoce en el progenitor la coincidencia de derecho y deber que como ya hemos visto es característica de las relaciones de derecho público y que la misma se realiza por la preeminencia que en la relación tiene frente a la voluntad el momento de la finalidad; de manera que el imperativo jurídico en vez de plantearse en los términos "si quiere alcanzarse este fin deben observarse estas normas", se plantea en cambio en estos otros: "debe alcanzarse este fin observando estas normas". (15)

Pero su transformación en derecho relativo y aún más en un deber y el nuevo interés jurídico tutelado nos dan a conocer que la patria potestad debe ser considerada como una función social que tiene como fin primordial la protección y formación intelectual del menor. (16).

Partiendo de la suposición de la existencia de derechos naturales, concluimos que la patria potestad pudo ser considerada uno de ellos en Roma y en la Edad Media, derivándose de tal manera que la

patria potestad constituye la garantía para el buen cumplimiento de esta importante función descansando en los lazos de afecto y paternidad que existen en el progenitor para educar y formar a sus hijos menores. Diversos tratadistas reconocen en la patria potestad un contenido moral y un contenido jurídico; dichos contenidos aparecen perfectamente -- entrelazados sin que ninguno de ellos pueda ser separado uno del otro sin atacar la naturaleza esencial de la institución.

III. - DEFINICION.

Una vez estudiado el concepto y la naturaleza jurídica de la patria potestad, nos ocuparemos de su definición es decir como se le define a esta institución tanto en nuestro país como en otras legislaciones a las que haremos referencia.

La doctrina ha evolucionado y destacado los aspectos de poder (derecho) y función (deber) de la patria potestad y consecuentemente el pensamiento jurídico de la misma, presentándose así diversas definiciones, las cuales nos ocuparemos de exponer en este inciso.

Así en Francia tenemos autores como Planiol y Ripert que toman como base para sus definiciones la existencia de derechos y facultades exponiendo a la patria potestad como "El conjunto de los derechos y de las facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores". (17) Este -

autor continúa diciendo: estos derechos no le son conferidos sino como consecuencia de los pesados deberes que tienen que cumplir y que no tienen otro objeto que hacerles posible el mantenimiento y la educación del hijo. (18)

Aquí podemos notar que este criterio fue avocado en las legislaciones primitivas, en que el padre tiene sobre los hijos una verdadera potestad fundada en su interés más que en el de sus hijos y en relación con la propiedad también.

La definición anteriormente transcrita denota claramente que los derechos y facultades que menciona solamente se contrae a padres e hijos, dado que el sistema francés no toma en cuenta a los demás ascendientes como los que señala nuestra legislación.

Francesco Messineo, no coincide con la definición que dan Planiol y Ripert, ya que el primero hace referencia a poderes a los cuales corresponden deberes enunciándola como sigue: "Es un conjunto de poderes a los que corresponden otros tantos deberes en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, educar, instruir al hijo menor de edad y cuidar de sus intereses patrimoniales en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar". (19) De esta definición se deriva que dichos poderes son temporales pues cesan cuando el hijo haya sido emancipado.

Otros autores como Colín y Capitant coinciden con Planiol y

Ripert, pues afirman: la patria potestad concede a los padres ciertos derechos para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesan sobre ellos, anunciándola como "El conjunto de derechos que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de los hijos mientras éstos, son menores no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación a que están obligados". (20)

Clemente de Diego define a la patria potestad como "El deber y el derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en las medidas reclamadas por las necesidades de éste". (21)

Se han dado otras definiciones, como son las siguientes:

Julien Bonnacase, corrobora al respecto: "Es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas en principio al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto de los hijos menores considerados en tanto en su persona como en su patrimonio". (22) Aquí la patria potestad es más amplia y forma un contraste con la generalidad de los autores - - pues ellos en sus definiciones señalan únicamente al padre y a la madre. También se advierte que la patria potestad no corresponde ya a la concepción antigua, es decir, de un conjunto de prerrogativas en favor de los padres sino por el contrario es una obligación en el sentido verdadero del término; obligación a cargo de los padres y en favor de

los hijos cuyo objeto es la educación y protección de los hijos menores de edad no emancipados.

Castán Tobañas, nos ofrece un intento de definición de patria potestad al señalar: "La relación paterno filial caracterizada fundamentalmente por los deberes de protección y asistencia que tienen los padres para con los hijos necesita como elemento auxiliar un principio de autoridad en los padres que recibe tradicionalmente el nombre de patria potestad". (23) Al respecto, observamos que esta denominación en el derecho moderno es impropia porque tal institución de que se trata es ya una potestad absorbente como la patria potestad romana sino una autoridad tuitiva que no corresponde exclusivamente al padre puesto que la ejerce también la madre.

Finalmente en México, Rafael de Pina le dá al término patria potestad, la siguiente definición: "Es el conjunto de facultades que suponen también deberes conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria". (24)

Visto someramente, el punto doctrinal de como se define a la patria potestad en otras legislaciones nos corresponde ofrecer un intento de definición y analizando cada uno de sus componentes, siendo la siguiente:

ES LA AUTORIDAD ATRIBUIDA A LOS PADRES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE EDUCAR Y PROTEGER A

SUS HIJOS MENORES DE EDAD, NO EMANCIPADOS.

Elementos de Patria Potestad.

1. - Autoridad.

Se entiende por autoridad, la potestad, facultad, que tiene -- una persona sobre otra, como la del padre sobre los hijos. (25)

En términos generales, es la potestad que inviste una persona o corporación para dictar leyes, aplicarlas o ejecutarlas, o para imponerse a los demás por su capacidad o influencia. En otras palabras es la facultad y el derecho de conducir y de hacerse obedecer -- dentro de ciertos límites preestablecidos con la característica de ser temporal la realización de la función encomendada.

En el presente estudio el término Autoridad, es empleado como sinónimo de facultad, mismo al que se ha comentado en otras definiciones ya presentadas, es decir que el término Autoridad estriba en la articulación funcional de los supuestos; las consecuencias, los sujetos y objeto de derecho ligado por un nexo denominado "DEBER-SER".

De tal forma el vocablo "autoridad" se refiere a la potestad o función que se deriva de la relación paterno filial que tiene como objeto la educación y protección de los menores hijos, es decir que corresponde en manera original y por decirlo así natural al padre y a la madre con un complejo de facultades y derechos para que en el ejercicio de esa autoridad puedan cumplir esa función ético social que actualmente es la razón en la que se funda esta institución.

Algunos tratadistas en sus disertaciones excluyen a la madre para establecer la patria potestad en favor del padre con respecto al hijo menor. En cuanto nos corresponde, diremos, que para instaurar las facultades y deberes no debe hacerse en relación al padre únicamente ya que ambos progenitores han contribuido en la procreación del hijo - por lo que a ambos debe corresponder tales facultades y en última instancia si se hiciera tal exclusividad regresaríamos a la época del derecho romano en donde el padre tenía sobre los hijos incluso sobre la madre un poder absoluto sobre la persona y bienes de los mismos, cayendo con ello en la anarquía de la patria potestad.

2.- Para el cumplimiento del deber de educar y proteger a los menores hijos de edad.

Al establecer el término para el cumplimiento del deber de educar y proteger a los menores hijos de edad, se dice que éste, se confiere a ambos progenitores, ya que nuestra legislación no establece una división de los deberes y facultades que deben ejecutar separadamente los padres, es decir que al ejercer la patria potestad será de manera conjunta, vgr; el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte que requerirá de su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

Por cuanto corresponde a la educación que deben proporcionar los padres a sus hijos nosotros sostenemos que debe ser aquella -

que tienda a una eficaz formación en el menor, tanto física como moralmente, acorde con la moral y buenas costumbres ya que sin ello no es posible llegar a tal finalidad.

3. - No emancipados.

La mayoría de los autores, en sus enunciaciones hacen notar el hecho de que la patria potestad no es de carácter vitalicia ya que si se aceptara tal carácter se volvería a la época del Derecho Romano en la que si tenía ese carácter, extinguiéndose con la muerte del menor. Nosotros opinamos al respecto, que el ejercicio de la patria potestad debe ser de carácter temporal pues el hijo una vez que ha llegado a la mayoría de edad adquiere la capacidad de goce y de ejercicio hallándose en aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, es decir, -- que tiene la libre disposición de su persona y de sus bienes, estando legalmente capacitado para celebrar toda clase de contratos obligándose asimismo a responder frente a los demás.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL

PRIMER CAPITULO

- (1) Castán Vázquez, José Ma. La Patria Potestad. - Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1960 p. 5.
- (2) Dekkers, René. Précis de Droit Civil belge. Bruxelles, 1954. - p. 241.
- (3) Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común y Foral. Edic. 7a. T. V. Vol. II. Ed. Reus. Madrid, 1958. p. 128.
- (4) Valverde y Valverde, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. T. IV. Edic. 2a. Ed. Cuesta Valladolid, 1921. p. 485.
- (5) Valverde y Valverde, Calixto. Ob. cit. p. 485.
- (6) Ibid. p. 486.
- (7) Mazeaud, Henry, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. - Vol. IV. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959. p. 86.
- (8) Rébora. Instituciones de Familia. T. IV. Ed. Kraft. 1947. p. 230.
- (9) Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XXI. Opcl Peni. Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1969. p. 797.
- (10) Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit. p. 797.
- (11) Ibid. p. 797.
- (12) Valverde y Valverde, Calixto. Ob. cit. p. 487.
- (13) Cicú, Antonio. El derecho de familia. Ed. Ediar. Italia, 1947. p. 128.
- (14) Galindo Garfías, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Edic. 2a. Ed. Porrúa, S. A. México, p. 661
- (15) Cicú Antonio. Ob. cit. p. 128.

- (16) Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit. p. 798.
- (17) Planiol Marcel y Ripert Jorge, Tratado Práctico de Derecho - Civil Francés. T. II. Ed. Cultural. Habana, 1939. p. 312.
- (18) Planiol Marcel y Ripert Jorge. Ob. cit. p. 312.
- (19) Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. - T. III. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos - - Aires, 1954. p. 136.
- (20) Colín y Capitant, H. Curso Elemental de Derecho Civil. T. II. Vol. I. Edic. 2a. Ed. Reus. Madrid, 1942, p. 18.
- (21) De Diego, Clemente. Instituciones de Derecho Civil. T. II. p. 538.
- (22) Boncasse, Julien. Elementos de Derecho Civil Español. T. I. Vol. XIII. Ed. José Ma. Cajica Jr. México, 1968, p. 427.
- (23) Castán Tobeñas, José. Ob. cit. p. 124.
- (24) De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. I. Edic. 5a. Ed. Porrúa. México 1968. p. 377.
- (25) Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española. Edic. - 2a. Ed. Espasa-Calpe, S. A. Madrid, 1950. p. 172.

CAPITULO II
DE LA ADQUISICION, MODIFICACION Y EFECTOS
DE LA POTESTAD MATERNAL

I. - ADQUISICION DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad toma su origen en la filiación, es decir - se adquiere desde el nacimiento del hijo estén o no casados los padres y es protegida por el derecho para asegurar el debido cumplimiento de las obligaciones de asistencia y protección de los menores hijos no -- emancipados. Estas disposiciones se extienden hacia los hijos nacidos de matrimonio, hijos habidos fuera de matrimonio, e hijos adoptivos; así lo disponen los artículos 414 y 415 de nuestro Código Civil.

Con respecto a los hijos de matrimonio el artículo 414 establece:

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.

En cuanto a los hijos nacidos de matrimonio y que los pa--- dres vivan juntos, ambos, ejercerán la patria potestad. Si viven separados y reconocen al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los -

dos ejercerá su custodia; en caso de que no lo hicieren el Juez de lo Familiar del domicilio oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá, tomando en cuenta los intereses del menor. En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente y los padres no vivan juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido salvo que se conviniere otra cosa entre los padres y siempre que el Juez de lo Familiar competente no creyere modificar el convenio por causa grave y con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

a). - CARACTERISTICAS DE LA RELACION PATERNO FILIAL

De la función propia de la patria potestad se desprenden las siguientes características; irrenunciable, intransferible por la voluntad de quienes la ejercen, e imprescriptible. La patria potestad no es renunciable, así lo establece el art. 448 del Código Civil cuyo tenor: La patria potestad no es renunciable pero aquéllos 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.

Las razones por las que se establecen estas características, se encuentran fundamentadas en la propia naturaleza de la institución, ya que la familia, la sociedad y el Estado son ellos quienes tienen interés en una eficaz formación en el menor. Otro fundamento es aquél

que dice: "Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público siempre y cuando la renuncia no perjudique a terceras personas". (1)

Algunos autores opinan: "La patria potestad descansa en la paternidad y en la maternidad por lo tanto tiene lugar no sólo sobre los hijos nacidos de matrimonio sino que también hace referencia sobre los descendientes fuera de matrimonio". (2)

Se admite generalmente que la patria potestad sea irrenunciable ya que el poder paterno entraña como hemos visto una función y supone al propio tiempo un derecho y un deber, por lo que es natural que ofrezca esta nota de irrenunciabilidad dado que la renuncia de los padres a la patria potestad supondría el incumplimiento del deber a ellos atribuído.

Otros autores ponen de relieve que la patria potestad es una institución de orden público; así, Josseraud, trata a la misma, como, "una institución que constituye una de las bases de la familia y es parte integrante del Estado de las personas por lo que no podría ser ampliada ni reducida por la voluntad de los interesados y sobre todo no puede ser objeto de una abdicación por parte del padre". (3) Manresa manifiesta lo siguiente: "Que estando estrechamente conexos en el Instituto de la patria potestad el interés del Estado y el de la familia es necesario que la misión confiada al padre de familia asuma un carácter de importancia social, de lo que procede la peculiar naturaleza de

orden público que revisten las normas sobre la patria potestad cuyo -- contenido no puede ser objeto de pactos privados dirigidos a modificar las relaciones, los atributos y los efectos; y la imposición por parte - de los padres al poder a ellos conferidos por la ley". (4)

Antonio Cicú, subraya la naturaleza del derecho familiar que la patria potestad posee, de donde se deriva que esté sustraída al poder privado en donde es llamado el padre por su calidad de tal a ejercer la función de la patria potestad pero a lo cual no puede renunciar. (5)

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal aún declarando irrenunciable la patria potestad ofrece la particularidad de admitir algunas causas de excusa de la misma, ya aludidas con anterioridad. -- Pertenece pues, la patria potestad al grupo de los derechos reputados como intransmisibles. Así la doctrina admite generalmente que la patria potestad está fuera del comercio y no puede cederse por tanto en todo o en parte. "Cabe sin embargo que los padres deleguen en un ter cero derechos concretos derivados de la patria potestad. Es así que - frecuentemente el padre interne al hijo en un colegio, no habiendo en este caso transmisión de la patria potestad pues sigue sin duda atribuída al padre; lo que ocurre es que éste se vale de terceros para ejercer el derecho y el deber de educar y custodiar al hijo". (6)

También ofrece la nota de imprescriptibilidad pues "algunos - derechos familiares, afirma Messineo están sujetos a decadencia; pero

ninguno es prescriptible'. (7)

Ante esta característica es mérito señalar la no posible aplicación de los conceptos de prescripción y decadencia a la patria potestad. La prescripción extintiva es aplicada a los derechos reales y personales pero no así a los familiares; para que la prescripción extintiva opere se requiere de la existencia de un derecho ejercitable, falta de ejercicio por parte del titular y el transcurso del tiempo determinado por la ley. Klipp y Wolff afirman: "El derecho nunca prescriptible de exigir la devolución del hijo contra cualquiera que lo retenga contra derecho". (8)

El examen de la relación paterno filial, es decir de la relación entre padres e hijos, exige determinar qué personas son los sujetos de dicha relación. Siendo los sujetos activos los padres y demás ascendientes que señala la ley, y los sujetos pasivos los hijos menores de edad, no emancipados.

b).- HIJOS SUJETOS A PATRIA POTESTAD.

Quedan sujetos a patria potestad únicamente los hijos menores de edad no emancipados, es decir que la patria potestad se ejerce únicamente respecto de los hijos menores de edad, entendiéndose por menores de edad a las personas menores de 18 años. Al respecto, comentamos, que la patria potestad en el derecho moderno a diferencia de la "patria potestas" de Roma supone una situación temporal y no vi-

talicia que se extingue con la mayoría de edad del hijo sometido a ella adquiriendo éste la capacidad de goce y de ejercicio pudiendo ser titular de derechos y obligaciones, teniendo la libre disposición de su persona y de sus bienes. Mateos Alarcón expone lo siguiente: "La capacidad de la persona para los actos jurídicos depende de su desarrollo físico intelectual que a su vez se determinan por los factores peculiares de raza, clima, costumbres, tradiciones, idioma, etc.". (9)

Llegada la mayoría de edad del hijo desaparece todo vestigio de autoridad paterna y el hijo queda desligado de toda autoridad paterna incluso para los actos más trascendentales de la vida como pueden ser los llamados a repercutir sobre la familia de la cual procede vgr: si se trata de contraer matrimonio. Con relación a sus padres sólo queda obligado en virtud de un deber fundamentalmente moral, de honor y respeto hallándose fundamentado en el Art. 411 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice: Los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Es preciso también que el hijo no halla sido emancipado. Al respecto la legislación francesa en su Artículo 476 y siguientes establece: El menor se emancipa de pleno derecho por el matrimonio. (10) - Jean Carbonier nos enuncia su razón, diciendo: "La emancipación es una cesación anticipada de la autoridad paterna y al mismo tiempo supone la concesión del hijo de un status de capacidad media". (11)

La emancipación en el Derecho Francés se clasifica en dos especies: la emancipación legal y la emancipación expresa. (12) La emancipación legal es llamada también emancipación tácita. Al respecto el Código Civil Francés en su artículo 476 subraya que la emancipación nace del matrimonio del menor, toda vez que la autoridad paterna es incompatible con la independencia que el nuevo hogar exige. (13) Esta emancipación es irrevocable y sus efectos subsisten aunque el matrimonio se disuelva y el cónyuge emancipado sea menor de edad. La emancipación expresa consiste en una renuncia (lo cual es escasamente práctico) a la autoridad paterna por obra de la voluntad de su titular; el padre en su defecto la madre, a falta de ambos el consejo de familia. Requiriéndose un límite mínimo de edad; 15 años si la emancipación tiene lugar por concesión del padre o de la madre y 18 si la otorga el consejo de familia. (14)

Algunos autores definen a la emancipación como "un acto solemnemente que según los casos se efectúa en virtud de la declaración del padre (o de la madre) ante el Juez de Paz o por manifestación de éste último como presidente del Consejo de Familia". (15) Mateos Alarcón sostiene que la patria potestad tiene un fin eminentemente moral que se traduce en la educación del hijo (más exacto sería decir a nuestro juicio, la preparación del hijo para la vida) que por naturaleza nace en la más absoluta incapacidad física y moral y necesita del auxilio y protección de sus padres. De donde se infiere, que cuando el hijo ad-

quiere la plonitud de sus facultades y puede bastarse a sí mismo para proveer sus necesidades cesa la causa que motiva la patria potestad. -

(16)

La emancipación es definida en un sentido más amplio como "El hecho o acto en virtud del cual una persona se ve libre de la patria potestad o de la tutela y adquiere la facultad de realizar por sí mismo los actos jurídicos que especialmente no le están prohibidos por el legislador". (17) En la legislación actual la emancipación constituye un medio de extinguir la patria potestad y la tutela y a la vez como un medio de adquisición de una capacidad más; la de ejercicio, habilitando al hijo para los actos de administración de su patrimonio, posibilidad que determina consecuencias importantes en el derecho de familia y patrimonial.

En el derecho italiano se autoriza la revocación de la emancipación obtenida por resolución del Juez tutelar (no la obtiene como consecuencia del matrimonio) cuando los actos del menor demuestran su incapacidad para administrar, entrando de nuevo la patria potestad o la tutela. Dicha revocación deberá llevarse a cabo por el Juez titular a instancia de quien solicitó la emancipación, o aún de oficio oyendo al menor.

Nuestro Derecho Civil Mexicano actualmente define a la emancipación como una institución civil que permite sustraer de la patria potestad y de la tutela al menor otorgándole una capacidad que le facul

ta para la libre administración de sus bienes con determinadas reservas expresamente señaladas en la ley. (18)

El Código Civil para el Distrito Federal en su Artículo 641 - enuncia a la emancipación:

Art. 641. - "El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva el cónyuge emancipado que sea menor no recaerá en la patria potestad". (19)

En nuestra opinión personal, la emancipación, es un efecto inmediato y necesario de esencia del matrimonio y por tanto se verifica cualquiera que sea la edad de los contrayentes, sin necesidad de alguna declaración expresa, y a pesar de cualquier convenio celebrado en contrario y que tuviera por objeto impedirlo o modificarlo; pues tal convenio sería nulo.

II. - MODIFICACION.

La modificación en el Derecho Español es aceptada desde el punto de vista objetivo y subjetivo. Dentro de la modificación subjetiva está la sustitución que tiene lugar cuando la patria potestad pasa de un padre a otro, siendo los principales casos los siguientes: (20)

1. - Muerte del padre, asimismo declaración de fallecimiento de éste en que pasa a la madre la patria potestad de modo efectivo

a partir del momento en que se considere que murió el padre.

2.- Muerte de la madre respecto de los hijos naturales reconocidos con anterioridad al padre, derivándose la patria potestad en éste sin la preferencia del artículo 154 apartado I según resulta de la regla específica del apartado II.

3.- Incapacidad, ausencia e interdicción civil del padre. La sustitución está originada por la suspensión del ejercicio del poder paterno debido a causas de imposibilidad material.

4.- Cualquier otro impedimento de hecho del padre mientras subsista la imposibilidad material por analogía con lo dispuesto en el caso anterior.

5.- Pérdida de la patria potestad por el padre acordada judicialmente en los casos en que la madre no sea también declarada culpable.

6.- Suspensión de la patria potestad por el padre acordada por causa de imposibilidad moral cuando la madre es absuelta.

Otra clasificación de la modificación es la recuperación, la cual se da cuando es recuperada la patria potestad, vgr:

1.- A la muerte del cónyuge inocente separado a la cual volverá a recobrar el culpable la patria potestad y los derechos derivados de la misma si la causa que dió origen a la separación no afectare a la formación moral de los hijos; en caso contrario se le proveerá de un tutor. Si al juzgarse sobre la separación se hubiera por mo-

tivos especiales proveído acerca del cuidado de los hijos deberá estar se en todo caso, a lo declarado y el juez encargado de la ejecución - podrá también aplicar su criterio discrecional según las particularidades del caso. Aplicándose para el caso de muerte del adoptante en cuyo caso tratándose de la adopción menos plena la patria potestad pasará a los padres por naturaleza. Se producirá la recuperación no sólo en el caso de muerte del adoptante sino cuando éste incurra en alguna causa de incapacidad que le impida el ejercicio y en el de declararse extinguida la adopción.

2. - En general cuando desaparece la causa que produjo la pérdida o suspensión de la patria potestad.

En los casos de reconciliación de los cónyuges subsistirán - en cuanto a los hijos los efectos de la separación en cuanto ésta se funde en el conato y la connivencia del marido o de la mujer para corromper y prostituir a sus hijos, en caso de que si aún los hijos están bajo la patria potestad los tribunales adoptarán las medidas necesarias para preservarlos de la corrupción o prostitución.

En la clasificación objetiva puede resultar modificado el contenido patrimonial de la patria potestad cuando:

1. - Los tribunales en caso de que los padres traten a los hijos con excesiva dureza o les den órdenes, consejos, ejemplos corruptores, acuerden tan sólo privar a aquéllos parcial o totalmente del usufructo de los bienes de los menores a ellos sometidos o pretendan

adoptar las medidas que estimen convenientes a sus intereses.

2.- Cuando los hijos naturales reconocidos o los adoptados - en forma menos plena tengan bienes respecto de los cuales los padres que les reconocieran o adoptaren no adquieren el usufructo ni tampoco la administración si no aseguran con fianza sus resultados a satisfacción del juez del domicilio del menor o de las personas que deban concurrir a la adopción.

Por lo que, se resume, que en el derecho español puede resultar modificada la patria potestad cuando haciendo los tribunales uso de la facultad que le confiere el artículo 171 para el caso de que los padres traten a sus hijos con excesiva dureza o les den órdenes, consejos o ejemplos corruptores priven parcial o totalmente a dichos padres del usufructo de los bienes del hijo o adopten otras providencias - que estimen convenientes a los intereses del menor y afecten el contenido del poder paterno. (21)

III. - LA PARTICIPACION MATERNAL EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

La evolución de la patria potestad en los distintos pueblos ha ofrecido en su conjunto una tendencia creciente al reconocimiento de los derechos maternos; reconocimiento que en la realidad social se ha otorgado antes que en la ley. Mientras subsiste el matrimonio vivien-

do los dos cónyuges y siendo ambos quienes ejercerán la patria potestad llevarán a cabo esa función de manera conjunta.

Algunas legislaciones propugnan porque dicho ejercicio corresponda exclusivamente al padre, otras establecen que sea de manera subsidiaria. Por lo que he aquí el problema de la participación de la madre en el ejercicio de la patria potestad, del cual haremos un breve estudio.

En el Derecho Francés "el ejercicio de la patria potestad corresponde al padre y a la madre, pero ambos padres no se hayan colocados en un mismo plano, pues se confiere a uno sólo de los padres, por lo tanto es el cabeza de familia quien tiene durante el matrimonio el ejercicio de la autoridad paterna, de ahí resulta que por ser normalmente el padre el cabeza de familia, es él quien ejerce esa autoridad y por ser la mujer la ayudante del marido cabeza de familia, la madre debe ser asociada con el padre en el ejercicio de su autoridad en todos los casos en que se convierta en cabeza de familia; o sea si estuviera imposibilitado para manifestar su voluntad en razón de su incapacidad, de su ausencia o alejamiento". (22)

Esta misma legislación señala tres casos en los que la madre ejerce la patria potestad:

I. - En caso de condena del padre por abandono de la familia.

II. - Cuando el padre sin opinión de la madre haya conñado -

al hijo a la asistencia de la infancia o a una institución caritativa.

III. - Cuando haya abandonado sus derechos de patria potestad.

En estos casos la extensión del ejercicio de la patria potestad hacia la madre no significa una renuncia obligatoria por parte del padre, pues en caso de serlo los tribunales pueden oponerse a ello.

Habiendo propuesto suprimir al cabeza de familia y crear la igualdad entre los esposos, la Comisión de Reforma sacó de ello la lógica consecuencia del curioso término de "Autoridad Parental", que había sugerido para que desapareciera todo rastro de preeminencia del padre consagrando la igualdad del padre y de la madre en el ejercicio de la patria potestad.

Dentro del Derecho Alemán, ha ido imponiéndose la patria potestad de la madre que a la muerte del padre pasa a primer plano y excluye el nombramiento de un tutor, ya que según el derecho Común había que nombrar una tutela a la muerte del padre, a la que estaba llamada la madre en primer plano. (23)

Observamos, pues, que el legislador reemplazó definitivamente la potestad del padre por la potestad de los padres, lo cual se demuestra en el hecho de que mientras viva el padre o la madre no entra en juego la tutela; si muere el padre ejercerá la madre, sólo la madre, la patria potestad. Al respecto: "En el caso de fallecimiento del padre, la patria potestad de la madre empieza en el momento que

vale como momento a la muerte del padre". (24)

Por su parte en el Derecho Italiano durante el matrimonio - compete normalmente al padre la patria potestad, ya sea por homenaje al principio de que al cabeza de familia vienen reservadas la suprema dirección y la responsabilidad de toda decisión, por la necesidad - de unificar el mando que se considera en la familia. Sin embargo la - moderna doctrina Italiana se muestra más favorable que el legislador. Así Rougiero, comenta al respecto, que lo que se transfiere definitiva - mente (como en el caso de muerte o temporalmente mientras subsista el obstáculo) no es potestad alguna a la madre, pues partiendo de que el poder es intransmisible y el ejercicio del mismo concierne a ambos progenitores en razón de ser un título propio e independiente, es por lo cual al faltar uno de ellos entrará en su lugar el cónyuge supérstite. (25)

Manifestamos, pues que este derecho hace valer la preeminencia del padre, partiendo de que el ejercicio de la patria potestad - conferido al padre se acusa, en él, en base a la mayor energía con - que puede ejercerlo; ésto se traduce en la posibilidad de que al padre se concede al hacerlo valer post mortem, limitando la potestad de la madre por testamento o documento. (26) Igualmente se le confirió a - la madre la posibilidad de intervenir en el ejercicio de la patria potes - tad pero sólo en forma subsidiaria en defecto del padre encargándose de señalar la ley los casos precisos en que se entiende así. (27).

Podemos observar de lo anteriormente dicho que no hay un ejercicio conjunto de la patria potestad, como es aceptado en la mayoría de las legislaciones en el que el fenómeno de hogar ha logrado esta conquista para la mujer. Debemos enfatizar, que la potestad materna sobre el hijo que se manifiesta sobre todo a la muerte del padre aparece casi en todos los cuerpos legales de inspiración nacional bajo variadas formas, pues en algunos se muestra como una simple tutela que es otorgada a la madre en defecto del padre, y en no pocos aparece ir en vuelta en trazos más o menos claros de una potestad conjunta y solidaria del padre y de la madre que desaparecerían con la muerte de cualquiera de ellos dando paso a una forma supletiva de tutela, ejercida por el sobreviviente con intervención de los parientes para defensa de los intereses de los hijos.

En la Edad Media algunas legislaciones germánicas como la de los burgundios, conceden a la madre viuda autoridad sobre los hijos.
(28)

En la época de la reconquista del Derecho Municipal Aragonés según Ureña aparece un sistema de patria potestad conjunta y solidaria del padre y de la madre consagrado en el prototipo foral Cuenca Teruel implicando que la autoridad es ejercida conjuntamente por ambos padres y en caso de muerte de uno de ellos la potestad del supérstite se transforma en una simple tutela sometida a la intervención de la junta de parientes.

Algunos estudios como el de los profesores Gilbert y Otero - demuestran que no es claro el sentido de las fuentes ni tan segura la existencia de aquél poder solidario. Otero señala que aunque es clara la tendencia a reconocer a la madre un papel al lado del padre no es suficiente para permitirnos pensar en una potestad conjunta. (29) Las orientaciones actuales van hacia el reconocimiento de la participación de la madre en la patria potestad subsidiaria, la doctrina y la jurisprudencia se esfuerzan en ampliar los derechos de aquélla. (30)

En varios países los proyectos de reforma propugnaron por una consagración de la patria potestad conjunta y en las legislaciones - en las que se ha proclamado ya este principio se acompaña a su promulgación con frecuencia de algún precepto encaminado a hacer prevalecer la opinión del marido en caso de desacuerdo entre ambos cónyuges. (31)

Algunas legislaciones señalan, que para el ejercicio de la patria potestad el tribunal de tutelas tiene que designar a la madre un consejero:

I. - Cuando la madre solicita el nombramiento.

II. - Cuando el padre haya designado por disposición de última voluntad; supuesto que en el momento de su muerte tuviera la patria potestad sobre el hijo con inclusión del derecho de representación en los asuntos patrimoniales y personales.

III. - Cuando por razones particulares especialmente por la -

extensión o dificultad de la administración del patrimonio del hijo el tribunal de tutelas hará si es necesario en interés del hijo el nombramiento del consejero.

El consejero puede ser designado para todos los asuntos, o para asuntos concretos; en caso de duda se le considerará nombrado para todos los asuntos. Si ha sido designado por orden del padre habrá que atenerse a la voluntad de éste por lo que respecta a la influencia del consejero.

Se puede nombrar un curador de la persona por nacer a instancia de cualquiera que tenga interés en ello, o el Ministerio Público por medio del Tribunal, ordenándose a la muerte del marido siempre que la mujer se encuentre encinta; (el curador ventris) provee de la protección de la persona por nacer (persona futura) y si es necesario la administración de los bienes (de los derechos Patrimoniales) del mismo hasta el nacimiento. (32)

Para el caso de que la madre ha pasado a segundas nupcias, se le mantiene en la administración de los bienes de los hijos o se le vuelve a admitir en ella y el nuevo marido se hace solidariamente responsable con ella referente a la administración por cuanto se le considere asociada con ella. (33)

La patria potestad considerada como una institución del Derecho de Familia desarrolla una verdadera función social dentro de la misma y frente al Estado. Así Planol presenta la acepción primitiva-

de la voz latina familia: "Es el conjunto de personas que se hayan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción. (34) El propio vocablo en sentido estricto designa a los miembros de la familia que vivan bajo el mismo techo. (35) Este autor continúa diciendo que generalmente se entiende por familia al grupo reducido que forman el padre, la madre y los hijos con exclusión de los demás parientes o por lo menos de los colaterales.

De donde se considera a la familia como una sociedad natural, espontánea con fines de procreación, mutuo auxilio, sustento y educación de los hijos. Admitiéndose que nadie mejor capacitado y dotado de las buenas intenciones que los ascendientes para procurar la felicidad a los hijos menores. Siendo así la necesaria intervención de la madre para conducir la educación de los hijos, contribuir a su perfeccionamiento moral, hallándose consagrado por la naturaleza antes que en la ley y respetado en todas partes a pesar de la desigualdad existente en todos los pueblos. Por lo que es evidente que la mujer por ese sólo hecho siente con intensidad su vocación de madre sino que contempla en la maternidad su verdadero destino.

Aunque la naturaleza ha dispuesto que sean distintas las ilusiones del padre y de la madre en relación con el hijo, todas ellas van unidas hacia un mismo fin. La madre vive tal vez con mayor intensidad el cariño apasionado hacia aquél, el padre tiene con fuerza mayor el sentido de continuidad notando más vivo el anhelo de ver su perso-

nalidad prolongada en la del hijo. Con ésto no pretendemos decir que serán distintas las funciones que a éstos incumben ya que no existe una división absoluta de los actos de los hijos a los que deba atender el padre y los que ha de cuidar la madre, sino una preponderancia de uno y otro en las ocupaciones que los dos comparten.

En el seno del hogar y durante la infancia de los hijos predomina la misión de la madre y hacia el exterior y en la adolescencia de aquéllos la del padre por lo que no puede ni debe desconocerse de un modo especial la importante participación de la madre en la función educadora y protectora de los hijos ya que ésta, se inicia en el ambiente familiar, razón por la que el papel de la madre es relevante, sin suponer una exclusión de la misión del padre sino un reconocimiento de iguales derechos para ambos asociados en la común tarea pero realizada en aspectos distintos.

Derivándose de lo anterior que no debe verse una tendencia feminista revolucionaria sino una aspiración realizada por el legislador donde se reconoce la participación de la madre en la patria potestad.

Cuanto en pro de la patria potestad queda dicho no excluye que ésta sea puesta en práctica con cautela ejercitando ambos la patria potestad para que la noble misión que éstos deben desempeñar, sea en perfecta armonía y en bien de los hijos.

En relación a los hijos nacidos fuera de matrimonio, su filiación resulta respecto de la madre, es decir del sólo hecho del naci

miento. Pues la mujer que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha proporcionado nombre o permitido que lo lleve, que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha cuidado de su educación y subsistencia podrá contradecir el reconocimiento que un hombre haya hecho o pretenda hacer de ese hijo.

El legislador pensó en el supuesto de que los padres que no vivan juntos y en cuanto que a ambos teniendo la patria potestad dejen de ejercerla entrará a ejercerla el otro cónyuge por lo que no sólo el nacimiento biológico crea lazos jurídicos de protección al menor sino - que la ley atenta a llenar vacíos de repercusión social y efectos en las personas, principalmente en aquéllas que sean solventes moral y económicamente, ha creado instituciones tales como la adopción, por medio de la cual se forma un vínculo jurídico semejante al de la patria potestad.

Para el caso de adopción de un hijo, el Código Civil para el Distrito Federal acoge el principio de la transferencia de la patria potestad a los padres adoptivos al subrayar en su artículo 396 lo siguiente: "El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo".

Dicha transferencia sólo alcanza a los adoptantes de modo que a falta de éstos, no trae como consecuencia que el ejercicio de la patria potestad sobre el adoptado recaiga en los padres de aquéllos, dando paso entonces a la tutela ya que el objeto de ésta es la guarda de -

la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda para gobernarse asimismo. La tutela puede tener también por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley. (36)

Al examinar la evolución de la familia es importante señalar la transformación que ha sufrido la patria potestad. De la autoridad rigida ha pasado a la noción de deber como función en favor del hijo; principios que se extienden a la filiación extramatrimonial por la identidad del vínculo jurídico que origina la relación natural de padre e hijo.

En la Legislación Civil Mexicana la patria potestad no es susceptible de entenderse como se comprendía antiguamente; como un dominio, jurisdicción o facultad sobre la persona, sino como una función de carácter social y de interés público en beneficio de los menores hijos y controlados por los órganos de autoridades especiales que aseguran y garantizan los derechos de éstos respecto de su persona y de sus bienes. "Los hijos en este campo de las relaciones paterno filial deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes". (37) Extendiéndose este precepto hacia la madre ya que la naturaleza misma de la institución señala respeto y honor a la madre como consecuencia necesaria de la dirección maternal que recibe el hombre desde los primeros años de su vida, permitiéndole la ley poder acudir a

la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal o sólo la segunda para gobernarse asimismo. La tutela puede tener también por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley. -
(36)

Al examinar la evolución de la familia es importante señalar la transformación que ha sufrido la patria potestad. De la autoridad rígida ha pasado a la noción de deber como función en favor del hijo; - principios que se extienden a la filiación extramatrimonial por la identidad del vínculo jurídico que origina la relación natural de padre e hijo.

En la Legislación Civil Mexicana la patria potestad no es susceptible de entenderse como se comprendía antiguamente; como un dominio, jurisdicción o facultad sobre la persona, sino como una función de carácter social y de interés público en beneficio de los menores hijos y controlados por los órganos de autoridades especiales que aseguran y garantizan los derechos de éstos respecto de su persona y de sus bienes. "Los hijos en este campo de las relaciones paterno filial deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes". (37) Extendiéndose este precepto hacia la madre ya que la naturaleza misma de la institución señala respeto y honor a la madre como consecuencia necesaria de la dirección maternal que recibe el hombre desde los primeros años de su vida, permitiéndole la ley poder acudir a

la autoridad pública como medio para refrenar la mala conducta de los hijos y así permitirles conservar la reverencia debida a aquellas personas de quien recibieron el ser. Fundamentado en el artículo 414 que expone: "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 impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la ley Sobre la Provisión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal". (38)

IV. - EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

a). - EN CASO DE DISOLUCION DE MATRIMONIO.

En el Derecho Civil Mexicano la interposición por alguno de los cónyuges de demanda encaminada a obtener la separación o Nulidad de Matrimonio da origen a una situación anormal en la que el cuidado y protección de los hijos no puede ser ya ejercida normalmente por ambos padres en el hogar común. Esta situación es transitoria, pues está llamada a terminar con la sentencia. Al plantearse el problema de determinar cuál de los padres ejercerá dicha función durante el procedimiento hasta que se dicte la sentencia en que se resuelve con carácter definitivo el caso concreto, el Juez de lo Familiar competente proveerá con carácter provisional, señalando a cargo de qué cónyuge quedará el cuidado y guarda de los hijos menores.

El divorcio no obstante de ser un unstrumento del cual cuentan los cónyuges para romper el vínculo matrimonial y con ello dividir a una familia, se explica claramente ante el beneficio que representa para el menor el no contemplar fricciones continuas entre los seres que le dieron la vida, teniendo en ocasiones que tomar partido con el consiguiente perjuicio moral que representa para los menores.

Por lo que concierne a la guarda y educación de los hijos es donde surgen mayores problemas y por lo tanto es necesario tomar ciertas medidas para resolverlos de manera congruente, tomando en cuenta los principios rectores de la familia y las reglas determinadas en la ley, así como también la edad de los hijos y la conducta de los cónyuges, y solucionar la situación en que deben quedar los hijos.

Este derecho de guarda y dirección concede a los titulares, el derecho de dirección general sobre la persona del hijo, es decir, que es una función conferida en beneficio del hijo, el cual tiene como corolario la obligación de guardar, mantener, educar e instruir al hijo. Al respecto creemos oportuno señalar el mencionado derecho de corrección paterna: Que consiste en el derecho de encarcelar al hijo. Algunos autores nos muestran su criterio al respecto.

Los Mazeaud dicen: "Los abusos fueron tales que los parlamentos en el antiguo derecho, los tribunales luego de 1804 se vieron obligados a luchar contra él. En la actualidad no es ya una prerrogativa del padre, sino del presidente del tribunal de menores. En efecto-

la medida no es obligatoria ya para el Juez, además el encarcelamiento en una prisión se reemplaza por una medida de colocación que tiene por finalidad la enmienda del menor". (39)

En lo que respecta a la pérdida de este mencionado derecho de corrección por parte de alguno de los cónyuges, éste siempre estará obligado a contribuir en los gastos de alimentación, educación, vestido, etc., y conservará el derecho de vigilar al menor y también puede oponerse en todo aquello que sea perjudicial para el hijo.

En el Divorcio Contencioso o necesario, mientras se decreta la resolución definitiva, el Juez autorizará la separación de los cónyuges en forma provisional y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes tienen obligación de dar alimentos. Las medidas provisionales son las que están señaladas en el artículo 282 del Código Civil que son:

III. - Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y sus hijos.

IV. - Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges pudiendo ser uno de éstos.

En defecto de ese acuerdo el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar proporcionalmente los hijos. El Juez previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conveniente. (40)

De tal manera, nuestra ley al reparar en las causas que dan origen al divorcio, toma en cuenta que los cónyuges no pueden convivir ya en el domicilio conyugal por el mal ejemplo que la conducta de los padres signifique para la educación de los hijos, razón por la que se establece la necesidad de separar a los cónyuges y decretar las medidas provisionales, entre las cuales, están las de establecer a cargo de qué cónyuge se confiará la guarda y el cuidado de los hijos. En caso de que sean confiados a la madre, el padre deberá también proveer los alimentos necesarios, es decir que el padre quedará obligado a pasar al menor una pensión alimenticia que será señalada por el Juez tomando como base su situación económica para fijarla.

Anteriormente para su aseguramiento la mujer tenía derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios o demás emolumentos por las cantidades que correspondiera para su alimentación y la de sus hijos. Sin embargo, actualmente se da el caso de que la esposa tiene bienes propios o desempeña algún trabajo, entonces por ello se encuentra obligada a contribuir a los gastos del hogar sin que éstos excedan del 50% del total de los mismos, excepto cuando el marido se encuentre imposibilitado para trabajar y que no cuente con bienes propios; en estas condiciones los gastos correrán por cuenta de ella.

Al concluir el procedimiento se presentan varias situaciones jurídicas, las cuales deberán resolverse según el caso y dichas situa

ciones son las siguientes:

Si la causa de divorcio estuviere comprendida dentro de las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267 del Código Civil los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Pero en caso de que ambos cónyuges sean culpables la patria potestad se transmitirá al ascendiente que corresponda según la ley, y en caso de que no existiere alguno de ellos se le designará un tutor al menor.

Si la causa de divorcio estuviere comprendida dentro de las fracciones IX, X, XI, XII, XIII, XIV, y XV del mismo artículo los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el otro cónyuge recobrará la patria potestad. (41) -- Cuando se trate de las fracciones VI, VII los hijos quedarán al lado del cónyuge sano pero el esposo enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.

Nuestra opinión, al respecto, es la de que quien tenga la guarda de los hijos tendrá también la representación de ellos para toda clase de asuntos judiciales y extrajudiciales en los que sea necesaria su intervención pero siempre y cuando el otro cónyuge hubiere sido privado del ejercicio de la patria potestad.

Si el matrimonio ha sido disuelto por divorcio fundado en enfermedad mental de la mujer, el cuidado de la persona de los hijos compete exclusivamente al padre. Pero si el divorcio obedece a enfer-

medad mental del marido cabe a bien señalar que a la madre se transfiera el ejercicio de la patria potestad o bien que se le designe un tutor al hijo junto al cual tendrá la madre el cuidado de la persona del mismo, empero el marido no tuviere participación en el cuidado de los hijos por consiguiente carece también del derecho al trato personal con aquéllos y es posible que no constituya culpa alguna en contra del hijo al cuidar de su esposa cuando excluya todo trato del mismo con el enfermo mental, en tal caso puede intervenir el tribunal.

b).- EN CASO DE NULIDAD DE MATRIMONIO.

Otra de las causas determinadas por la ley y que producen consecuencias de derecho semejantes a las del Divorcio es la Nulidad de Matrimonio que consiste en declarar la disolución del vínculo matrimonial aunque con relación a los hijos y los bienes los efectos que produce tal nulidad son otros.

Si ambos cónyuges hubieran procedido de buena fé al matrimonio aunque sea declarado nulo produce todos sus efectos civiles con relación a ellos mientras dure dicho matrimonio. Pero en cuanto a los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y -- 300 días después de la declaración de nulidad si no se hubieren separado los cónyuges o desde su separación en caso contrario los efectos civiles en todo tiempo se producirán a su favor (Art. 255 del Código Civil para el Distrito Federal). (42)

Para el caso de que uno sólo de los cónyuges demande la --
Nulidad de Matrimonio se tomarán las medidas provisionales a que se
refiere el artículo 282 del Código Civil.

En el Derecho Español la ejecutoria de Nulidad de Matrimo-
nio produce los siguientes efectos:

Los hijos mayores de siete años quedarán al cuidado del pa-
dre y los hijos al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges
hubiere habido buena fé. Si la buena fé hubiere sido por parte de uno
sólo de los cónyuges quedarán bajo su cuidado y poder los hijos de am-
bos sexos. Si la mala fé fuere de ambos, el tribunal resolverá sobre
la suerte de los hijos. Los hijos e hijas menores de siete años queda-
rán hasta que cumplan esta edad al cuidado de la madre.

Sin embargo, de lo establecido en estas normas, si el tribu-
nal que conoció sobre la nulidad del matrimonio hubiese por motivos -
especiales proveído en su sentencia acerca del cuidado de los hijos de
berá en todo caso estarse a lo decretado por él. Por análogos motivos
y en lo que no haya dispuesto en la sentencia de Nulidad, el juez que
haya de ejecutarla podrá también aplicar su criterio discrecional según
las particularidades del caso.

Al respecto, las relaciones paterno filiales deben subsistir a
pesar del divorcio entablado por alguno de los cónyuges, de la Nulidad
de Matrimonio o cualquier otra causa que pueda entorpecer la unión fa-
miliar ya que los hijos menores de edad son los menos indicados en -

sufrir las consecuencias originadas por la incomprensión de los padres.

La doctrina Alemana señala que si el matrimonio impugnado por Nulidad de Matrimonio fuere declarado nulo, quedará destruído desde el principio con la firmeza de la sentencia. En armonía pues con la lógica jurídica deberfan los hijos de tales matrimonios tener la consideración de ilegítimos. (43) En todo caso los hijos de un matrimonio nulo se han de considerar como perfectamente legítimos hasta que se den los supuestos bajo los cuales la nulidad de matrimonio pueda ser alegada independientemente de una demanda de impugnación o de Nulidad. -- (44)

Estos supuestos se aplicarán siempre y cuando el matrimonio haya sido declarado nulo o esté disuelto, pero si la Nulidad se basa en un defecto de forma y el matrimonio no se ha inscrito en el Registro de Casamientos, la nulidad podrá también ser alegada sin límites aún sin esos supuestos. (45) Tan pronto como pueda alegarse la Nulidad del matrimonio los hijos del mismo aparecen en rigor como ilegítimos, pero existe una disposición de protección para los hijos de los llamados matrimonios putativos. (46)

En cuanto a los efectos que produce tal situación jurídica algunos autores opinan: "Que el padre antes que la madre tiene el deber de alimentos cuando no le corresponda a éste excepcionalmente el disfrute del patrimonio del hijo; en tal supuesto responderá antes que el padre independientemente de que los provechos del disfrute cubran o -

no los alimentos. Sin embargo, el cónyuge primeramente responsable puede exigir del otro que contribuya adecuadamente a los alimentos con los ingresos del patrimonio o del producto de su trabajo, pero solamente en los casos de que no pueda dar los alimentos con los ingresos del patrimonio del hijo. Esta pretensión es intransmisible.

Precisa pues enfatizar lo relativo al cuidado de la persona del hijo que a consecuencias de las causas que originan la desunión de los padres no puede ya ejercitarse en común. La legislación alemana resuelve la cuestión de modo poco feliz, haciendo depender la adjudicación del cuidado de la persona del hijo directamente de la declaración de la culpa en vez de considerar el bien de los hijos como directriz fundamental. Aquí debemos observar que la declaración de culpa sigue, empero, revistiendo importancia, así el cónyuge único culpable o culpable predominantemente sólo le corresponderá el cuidado del hijo cuando razones particulares sirva al bien del hijo.

El cónyuge a quien no corresponda el cuidado de la persona del hijo, conserva la facultad de contratar personalmente con él, siendo un derecho absoluto, subjetivo, eficaz contra todo tercero, constituyendo un resto del cuidado de la persona del hijo que queda al lado del cónyuge. El trato es un concepto perfectamente claro y del cual se ha de destacar que no presupone una uniforme actuación activa de ambos padres por lo que no hay para tal efecto un límite de edad. Este derecho es intransmisible pues comprende el derecho a tener corres--

pondencia, y el tribunal de Tutelas puede regularla pero no suprimirlo, pues se debe tener en cuenta primeramente el bien del hijo más también el interés de los padres en el trato.

Este derecho de trato con el hijo puede hacérsele saber al cónyuge interesado en juicio contra el otro cónyuge, pero el tribunal que entiende del caso no puede dictar su más detallada regulación suplantando al tribunal de tutelas. Asimismo la ejecución de las regulaciones del tribunal de tutelas compete a éste mismo no pudiendo demandarse el cumplimiento de las mismas. El cónyuge interesado en virtud de su derecho a tratar personalmente con el hijo tiene también contra todo tercero que le inquiete en este derecho una pretensión accionable. Es ineficaz también la renuncia del derecho a tratar personalmente con el hijo ya que se trata de un resto del derecho al cuidado de la persona y por lo mismo no puede ser obligatoria la regulación del trato por contrato entre personas, es decir, entre los padres.

Durante el juicio de supresión de la comunidad conyugal el tribunal que entiende del mismo puede a petición de uno de los cónyuges y mediante resolución provisional dictar normas sobre el cuidado de la persona de sus hijos menores, siempre y cuando no se trate de representación legal, como también regular entre los cónyuges el deber de dar alimentos a los hijos, asimismo regular el trato personal entre los cónyuges y los hijos. La regulación ya dictada por el tribunal sobre el cuidado de la persona del hijo constituye un obstáculo a una

regulación distinta como medida provisional del tribunal que está conociendo del Divorcio o de la Nulidad de Matrimonio.

Si uno de los cónyuges ha sido declarado muerto, en caso de que los dos cónyuges del nuevo matrimonio hubieran sabido al contraer lo que el declarado muerto ha sobrevivido a la declaración de muerte. Cuando el matrimonio haya sido anulado, respecto al cuidado de la persona del hijo registrá lo mismo que si el matrimonio se hubiera disuelto y ambos cónyuges hubieran sido culpables. El padre al ser declarado -muerto pierde por ese solo hecho la patria potestad. Si la madre se hubiera vuelto a casar habría perdido el derecho de representación legal del hijo pasando ésta al tutor que haya sido designado por el tribunal, pero conservando el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo. Si el padre recobra la patria potestad obtiene el derecho de representación, en cambio sólo alcanza el derecho de cuidar de la persona del hijo, si éste es mayor de seis años; en los demás casos compete el cuidado de la persona del hijo a la madre.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL

SEGUNDO CAPITULO

- (1) Código Civil para el Distrito Federal. Edic. 37. Ed. Porrúa, México, 1975. p. 42.
- (2) Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Ed. Porrúa, S. A. México, 1973, p. 629.
- (3) Jossierand, Louis. Curso de Derecho Civil. Ed. Sirey, París. Tomo I. París, 1932. p. 537.
- (4) Manresa, José María. Comentarios al Código Civil Español. Edic. 7a. Ed. Reus. rev por Bonet Ramón. 1957. p. 10.
- (5) Cicú, Antonio. La Filiazione, en el Tratato di Diritto Civil - Italiano dirigido por Vassalle. Edic. 2a. Ed. Torino. Tomo II. Vol. III. fasc. 1 y 2. p. 285.
- (6) Borda. Tratado de Derecho Civil Argentino. Edic. 2a. Ed. - Perrot. Buenos Aires, 1955. p. 152.
- (7) Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Traducción de Sentfies. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. Tomo III. Buenos Aires, 1954. p.
- (8) Kipp, T y Wolff M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Bosch. Vol. II. Barcelona. 1946. p. 53.
- (9) Mateos Alarcón, Manuel. Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal. Tomo I. México, 1885. p. 7.
- (10) Mazeaud, Henry y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte IV. La partición del patrimonio familiar. Apéndice. C. C. - Indices generales de la obra. Ed. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1965. p. 382.
- (11) Carbonier, Jean. Derecho Civil. Ed. Urgel. Tomo I. Vol. II. Barcelona., 1961. p. 474.
- (12) Carbonier Jean. Ob. cit. p. 474.

- (13) Ibid. p. 474.
- (14) Ibid. p. 475.
- (15) De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. - - Edic. 5a. Ed. Porrúa, S. A. Vol. I. México, 1968. p. 403.
- (16) Mateos Alarcón, Manuel. Ob. cit. p. 435.
- (17) De Buen, Demófilo. Notas al curso de Colón y Capitant. Edic. 1a. Torno II. Vol. I. p. 721.
- (18) Mateos Alarcón, Manuel. Ob. cit. 429.
- (19) Código Civil para el Distrito Federal. Legs. cit. p. 159.
- (20) Bonet Ramón, Francisco. Compendio de Derecho Civil. Ed. Revista de Derecho Privado. Tomo IV. Madrid., 1968. p.p. 640, 641 y 642.
- (21) Bonet Ramón, Francisco. Ob. cit. p. 641.
- (22) Mazeaud, Henry y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Edic. - 1a. Ed. Jurídicas Europa América. Vol. IV. Buenos Aires, 1959. p.p. 10 y 11.
- (23) Lehmann, Henry. Derecho de Familia, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953. p. 305.
- (24) Lehmann, Henry. Ob. cit. p. 305.
- (25) Ruggiero, Roberto De. Instituciones de Derecho Civil. Edic. 4a. Ed. Reus. T. II. Vol. II. p. 233.
- (26) Ruggiero, Roberto De. Ob. cit. p. 233.
- (27) Fueyo Lanery, Fernando. Derecho de Familia. Imp. y Lito. Universo, S. A. Vol. II. Santiago de Chile, 1959. p. 417.
- (28) Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común y Foral. T. V. Vol. II. Madrid, 1958. p. 134.
- (29) La Patria Potestad en el Derecho Histórico Español, en el Anuario de Historia del Derecho Español, 1959, p. 125.

- (30) Castán Tobefias, José. Ob. cit. p. 136.
- (31) Castán Vázquez, José María. La Participación de la madre - en la Patria Potestad. p.p. 23 a 51.
- (32) Mesineo, Francisco. Ob. cit. p. 142.
- (33) Ibid. p. 143.
- (34) Planiol Marcelo y Ripert Jorge. Tratado Práctico de Derecho Francés Civil. Ed. Cultural. T. I. Habana, 1939. p. 7.
- (35) Planiol Marcel y Ripert Jorge. Ob. cit. p. 7.
- (36) Código Civil para el Distrito Federal. p. 126.
- (37) Ibid. p. 120.
- (38) Ibid.
- (39) Mazeaud, Henry y Jean. Ob. cit. p. 84.
- (40) Código Civil para el Distrito Federal. p. 97.
- (41) Ibid. p. 98.
- (42) Ibid. p. 91.
- (43) Lehmann, Henry. Ob. cit. p. 341.
- (44) Kipp, T y Wolff M. Mob. cit. p. 133.
- (45) Ibid.
- (46) Ibid.

CAPITULO III

DE LOS MODOS DE ACABARSE, PERDERSE Y SUSPENDERSE

LA PATRIA POTESTAD

I. - DE LOS MODOS DE ACABARSE LA PATRIA POTESTAD.

Al iniciar este capítulo es importante señalar que el fin primordial de la patria potestad es fundamentalmente la educación y el cuidado del menor, pero en tanto que dicha protección no es necesaria o cuando los padres no están en condiciones de dárla cabe cesar esa función, parcial o totalmente, pero no exime al hijo de la observancia de los deberes de respeto y obediencia hacia sus padres.

Anteriormente nos referimos a ciertos casos en los cuales opera una sustitución en la patria potestad, es decir, al padre y a la madre su ejercicio; ahora nos corresponde estudiar los casos en que se produce una verdadera extinción de la patria potestad. Estos modos -- han sido clasificados, en absolutos y relativos, según que opere la extinción de la función en sí mismo o en relación a la persona que la ejerce. Los primeros son causas de extinción propiamente dicha, mientras que los segundos implican más bien la pérdida de la patria potestad.

Cuando la extinción de la patria potestad se produce por vía de sanción, disminuyen o desaparecen las facultades que se derivan de

ella, pero nunca cesan las obligaciones que están a cargo de los padres. La patria potestad puede llegar también a su término por situaciones jurídicas incompatibles con su continuación, o por vía de sanción, tales como la pérdida de la misma, pérdida de su ejercicio, suspensión de su ejercicio, o privación de la tenencia según la gravedad de las faltas en que incurran los padres.

Debemos diferenciar para el estudio del presente capítulo, tres conceptos distintos que se refieren respectivamente a la desaparición o extinción total y definitiva de la patria potestad, es decir a su suspensión — por causas generalmente imputables a las personas que la ejercen pero — con posibilidad de recuperar su ejercicio y por último la pérdida de la patria potestad también por causas generalmente imputables a las personas que tienen su ejercicio.

Al respecto algunos autores hacen notar las diferencias que existen entre los términos: acabar, perder y suspender en relación con la patria potestad.

Así la patria potestad se acaba, cuando sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir. (1)

Se pierde la patria potestad cuando por motivos en que aparece culpabilidad del titular en el cumplimiento de sus deberes dispone la ley su privación. (2)

Se suspende la patria potestad cuando por razón de alguna —

incapacidad no la puede seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido éste sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión.(3)

Se deduce pues, de estos conceptos, dos importantes consecuencias que tienen aplicación en esta materia; la primera la encontramos en las legislaciones que reconocen, que el bien del hijo está encomendado a los padres y demás ascendientes, y que debe cesar cuando no sea aquella institución el medio necesario para conseguir dicho fin; y segunda que es este caso los derechos y deberes mismos que constituyen la patria potestad, sólo cesan ante el Estado, no en el orden moral.

Al respecto, algunas legislaciones semejantes a la nuestra, -vgr la Española señala como causas de extinción, las siguientes:

1. - Muerte de los padres o declaración de fallecimiento de ambos.
2. - Muerte del hijo.
3. - Emancipación del hijo.

La Primera causal natural de extinción no otorga a los demás ascendientes la patria potestad sobre los menores, mientras que nuestro derecho sí señala a otros ascendientes para que entren en el ejercicio de la patria potestad, tales como los abuelos paternos y los abuelos maternos. En esta causal se dice muerte de los padres por que muerto el padre pasa a la madre la patria potestad.

Tratándose de hijos naturales reconocidos o legítimados por

concesión, la muerte o declaración de fallecimiento del único padre - conocido extinguirá la patria potestad. "Las partidas, establecen que - por muerte natural se desface el poderío que ha el padre sobre el fi- jo".(4) Con lo que nos damos cuenta, que esta extinción operaba sola- mente cuando al tiempo de la muerte del padre no vivía el abuelo. Cuan- do se hace conjuntamente el reconocimiento, hay que interpretar por a nalogía que corresponderá la patria potestad al padre; pero hecho el - reconocimiento primero por la madre no hay razón alguna para que és ta deje de ejercerla porque reconozca posteriormente el padre al hijo. Ni una buena razón jurídica, ni un texto legal abandonarán semejante - solución.

Es tan evidente en este caso, que quizás por este motivo no lo expresan algunos códigos y no suscita cuestiones doctrinales, ni de carácter práctico. Sólo puede discutirse si en Inglaterra, la patria po- testad traspasa los límites de la vida del padre, pues pueden delegar- se por éste en los tutores de sus hijos, algunas de las atribuciones - que la ley confiere.

Cuando se trata de hijos legítimos no existe duda de que a - la muerte del padre sucede en la patria potestad la madre, pero res- pecto a la filiación ilegítima, si ambos padres han reconocido al hijo - conjuntamente o en la misma fecha, ejercerá la patria potestad el pa- dre y después la madre. Si lo han verificado en épocas diversas, co-

responderá primero al que tenga prelación en este punto, sea el padre o la madre, puesto que entonces son estas personalidades distintas e independientes, y no existe como en el matrimonio, razón alguna para disminuir la capacidad de la madre.

Hemos de notar, pues, que esta legislación acepta que la declaración de muerte del padre, extingue de una manera efectiva la patria potestad en el momento que se le considere y señale como momento de la muerte de éste, pero quedará revocada si el ausente se presentare, o se aprobase su existencia.

Algunos publicistas que si con el cambio de nacionalidad del padre, se acaba la potestad de éste, en realidad el problema se juzga sencillo, dicen ellos: pues la familia se rige por las leyes de la nacionalidad adoptada, entonces a ella deben acomodarse las condiciones de la patria potestad, terminando ésta IPSO FACTO si la nueva legislación señala, vgr: para la emancipación una edad menor que la la ley primitiva, es decir, a la que el padre estaba sometido, y si el hijo hubiere cumplido esa edad.

En el Derecho Francés, las disposiciones de última voluntad por las cuales ha previsto el porvenir del hijo, conservan una fuerza casi igual a la de la voluntad que hubiera podido expresar estando vivo. Vemos pues, que esta ley permite nombrar un tutor testamentario que podrá excluir incluso a los demás ascendientes, así como también señala, que deben ser respetadas las disposiciones por las

elige la religión del hijo, mismo al que le da un guardián y fija la forma de educación que ha de dársele.

Aún después de muerto, la familia fundada por él, sigue -- siendo su obra que puede continuar desenvolviéndose de acuerdo con -- las orientaciones que él le haya impartido.

No obstante como el difunto no puede preverlo todo, pueden presentarse situaciones que hagan imposible o perjudicial para el hijo -- la realización de la voluntad paterna. Por lo tanto el consejo de familia -- y los tribunales pueden alterar ciertas disposiciones que el mismo difunto hubiera quizás modificado. También se les reconoce a los tribunales y consejo de Familia, el derecho de no ejecutar disposiciones -- que desde su origen resulten evidentemente perjudiciales para el hijo.

Las actas de última voluntad del difunto, en relación con esta materia, sólo tienen fuerza cuando se celebre en un testamento válido. Sin embargo, como es la equidad la que debe guiar al consejo de familia en sus acuerdos, resulta moralmente obligado a tener en cuenta otras disposiciones que el difunto haya podido dar, aunque no estén -- contenidos en el testamento perfecto.

Cuando la extinción opera por muerte del hijo, debe enten -- derse también que se extinguirá al momento de declaración de fallecimiento del menor. Los derechos modernos han heredado como es sabido transformando la figura de la emancipación, entre cuyos efectos -- se cuenta la extinción de la patria potestad.

En el Derecho Civil Mexicano, la patria potestad se acaba:

Art. 443 I. - Con la muerte del que la ejerza si no hay otra persona en quien recaiga.

II. - Con la emancipación derivada del matrimonio.

III. - Por la mayor edad del hijo. (5)

De este precepto se desprende que mientras el descendiente es menor de edad, los padres y a falta de éstos los ascendientes (a - buelos paternos y maternos) tienen el deber legal de asumir el cuidado y protección de aquél. Es decir que en la fracción primera queda - demostrado todo, pues no hay razón alguna que pueda poner en eviden - cia dicha causa natural de extinción, ya que lo lógico, es pensar que - a la muerte de los ascendientes encargados del ejercicio de la patria - potestad no habrá persona alguna sobre quién recaiga ese ejercicio y por lo tanto no habrá patria potestad.

En cuanto a la emancipación derivada del matrimonio, dire - mos antes que el menor de edad sujeto a patria potestad se emancipa cuando llega éste a la mayoría de edad, lo cual hace que se convierta en un individuo apto para ser titular de derechos y obligaciones, dis - poniendo asimismo de su persona y de sus bienes.

La ley en este caso se refiere al menor de edad que aún no ha llegado a la mayoría de edad, pero al contraer éste nupcias, por - ese sólo hecho se emancipa y se convierte en una persona capaz, de - ser sujeto de derecho y obligaciones, pero que a la vez está en una -

situación intermedia, es decir entre la capacidad plena propia del mayor de edad y la capacidad que afecta a los menores emancipados. Al respecto el legislador agrega; aunque el vínculo matrimonial se disuelva, el cónyuge emancipado que sea menor de edad no recaerá en la patria potestad.

Cuando el menor de edad alcance la mayoría de edad se extingue por esta causa natural la patria potestad.

II. - PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad como poder confiado a manos humanas, puede ser ejercido abusivamente. Hemos visto que por razones económicas y morales fueron estos abusos frecuentes en el siglo XIX y se multiplicaron posteriormente. La sociedad no puede continuar indiferente ante hechos indignantes; tiene el deber de intervenir. La patria Potestad sobre el hijo debe serles quitada a los padres indignos, pues de conservarlas serían unos ineptos para ejercerla útilmente, y ser confiada a otros miembros de la familia, siguiendo el orden establecido por la ley pues la familia es digna de confianza, que las personas ajenas a ella.

Al respecto la iniciativa privada puede prestar aquí grandes servicios, creando establecimientos filantrópicos dirigidos por personas ADOC y desinteresadas. Los cuidados de estas personas con los niños que les sean confiados por la administración o la justicia, los g

ejercerían frecuentemente de una manera más eficaz que los propios funcionarios. En todo caso corresponde a la autoridad judicial principalmente dirigir la disposición voluntaria o forzosa de los padres inclinados al mal o impotentes para el bien paterno.

La mayoría de las legislaciones siguiendo en esta materia la tendencia de las legislaciones contemporáneas de proteger a los hijos sometidos a la patria potestad conceden a los tribunales facultades -- bastantes para imponer la privación de la patria potestad, bien como pena o como consecuencia de un procedimiento civil. Como consecuencia de este último sería el divorcio, el cual produce el efecto de privar a los padres de la patria potestad, En este caso no se extingue su ejercicio, ya que recae en el otro progenitor y a falta o por imposibilidad legal de éste, en los ascendientes de ulteriores grados.

De tal manera, antes de pasar a estudiar lo relativo a la -- pérdida de esta función , debemos investigar el verdadero significado de ese vocablo, siendo así, se entiende por pérdida de la patria potestad; cuando por razón de alguna incapacidad no la puede seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido éste sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión.

Al respecto Ricardo Couto nos dice, que la pérdida de la patria potestad debe entenderse cuando de un modo definitivo deja de pertenecer a una persona sin que esta pérdida implique una extinción de aquel derecho, mas que con relación a la persona que lo ha perdi-

do. (6)

En cuanto al respecto, señalaremos brevemente los modos judiciales y extrajudiciales de la legislación española, pero antes diremos que en el Derecho Comparado dentro de los modos judiciales se admite generalmente la posibilidad de que por la autoridad judicial se prive de la patria potestad a los padres que no ejercieren esta función en beneficio de los hijos.

La patria potestad se pierde en el Derecho Español por los siguientes casos:

- 1.- La sentencia firme en causa criminal en que se imponga como pena la privación de la patria potestad a los padres.
- 2.- La sentencia firme de divorcio en que se declare la pérdida de la patria potestad.
- 3.- La sentencia de pleito judicial promovida expresamente para retirar la patria potestad a los padres que traten a los hijos con excesiva dureza o les dieren órdenes o ejemplos corruptores.

Esta legislación hace mención a que los ejemplos corruptores según la jurisprudencia, son los que pueden dar los padres a los hijos por su actual vida licenciosa o por actos de reconocida inmoralidad, no siendo el adulterio anterior de la madre, ni la existencia de un hijo ilegítimo sobre todo si no vive bajo el mismo techo de la persona que

le dió el ser. También dentro de los ejemplos corruptores se ha incluido el estado de embriaguez habitual y el desamparo de la familia.

Por su parte el Derecho Francés callaba sobre la extinción posible de la patria potestad. Durante largo tiempo la única medida contra padres indignos fué la intervención que los tribunales se reconocieron asimismo el derecho de ejercer sobre sus abusos; estableciendo una privación parcial y una privación total. Esta medida es de orden público y alcanza lo mismo que a padres legítimos como a naturales y dicha acción corresponde al Ministerio Público como a la familia del menor.

Más adelante señaló algunas variedades por las cuales se dá la pérdida de la patria potestad, estableciendo que en los casos en que procede la privación no tiene siquiera necesidad de ser pronunciada especialmente; resulta de pleno derecho. Sin embargo para tener una prueba más visible de la privación y para que pueda estatuirse sobre sus consecuencias, el Ministerio Público o los interesados harán bien en tomar determinaciones, invitando al tribunal a hacerla constar y ordenar las medidas necesarias.

La privación en su carácter divisible dentro de este derecho recibe el nombre de retirada o pérdida de los derechos de patria potestad. Esta expresión trata de no ser humillante como la destitución. Desde otro punto de vista retirada y destitución son sinónimos. Así el tribunal tiene facultades para todos los casos en que la destitución sea

facultativa si no estima útil una privación completa, no se debe privar a los padres de una parte de sus derechos, sino sobre la persona de uno o varios hijos. La ley también permite retirarle especialmente el usufructo legal de los padres que descuidan el mantenimiento del hijo.

Resulta, pues, que la privación de un atributo cualquiera de la patria potestad entraña para el condenado la pérdida del derecho de ser tutor de todos sus hijos, y la destitución de la tutela legal si ya la ejercía. Esto es, tanto más absurdo, cuando que el derecho de ser tutor se relaciona más especialmente con la fortuna del hijo, mientras que las causas de destitución se refieren principalmente a la protección de su persona.

Cuando la destitución se extiende hasta los futuros hijos de un padre destituido, pertenece a su mujer la patria potestad sobre los que hayan de nacer. Sí, si el Tribunal ha mantenido a ésta, la patria potestad sobre sus propios hijos ya nacidos, pero no en el caso contrario, ésta no obtiene realmente el ejercicio de la patria potestad sino en el caso de que el Tribunal lo otorgue, pues se teme a que el ejercicio de la patria potestad por una mujer equivalga al ejercicio de esa potestad por el marido destituido, la cual cesa por la muerte del padre, por la separación de cuerpo, o por el divorcio.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 444 señala las causas por las cuales se pierde la patria potestad, cuyo tenor:

Art. 444 I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el Art. 283;

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

IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.(8)

Este precepto en su fracción primera establece genéricamente, algunas de las causas por las cuales se pierde esta función, pero no especifica en forma alguna los casos concretos y tampoco determina la naturaleza de la condena a que hace referencia; en primer término no creemos, pues, que pudiera tratarse de materia civil vgr: el divorcio necesario, o en materia penal, siendo algunos casos como es el -concerniente al delito de corrupción de menores, en que el autor de este delito tiene como pena la pérdida de la patria potestad sobre el -

hijo menor de edad corrompido y sobre sus demás descendientes. Cuando es culpable del delito de incesto tiene la misma sanción, así como también pierde el derecho de heredar al ofendido.

La fracción segunda, no determina si se trata de extinción, suspensión o pérdida de la patria potestad, pero el Código Penal suple las deficiencias que existen en esta materia, al establecer en forma expresa cuando existen como sanción la pérdida de la patria potestad.

La fracción tercera nos presenta tres causales distintas para que se dé la pérdida de la patria potestad como son: 1) Por las costumbres depravadas de los padres. 2) Por malos tratamientos inferidos por el titular de esta institución en la persona sobre la cual tiene el ejercicio de la patria potestad. 3) Que los padres incumplan los deberes que impone esta institución, como son las de proporcionar alimentos, educación, vivienda, etc.; la finalidad perseguida por la ley al establecer las causas, es, evitar fundamentalmente que se comprometa la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, independientemente de que estas causas fueren sancionadas por la ley penal. Ahora bien, el carácter genérico con el que se establecen estas causas es manifiesto, toda vez que no especifica que se debe entender por costumbres depravadas, por seguridad y moralidad de los hijos; concluimos pues que la determinación del significado de los conceptos, queda a cargo del juez o tribunal que conozca del asunto.

De la fracción cuarta, se derivan dos causales que son: - -

1) Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, y por dejar abandonados a los mismos por más de seis meses.

En lo que respecta a la palabra exposición, el Código Penal habla de dos tipos de delitos de exposición, el cometido por los autores o ascendientes y el cometido por un tercero a quien se hubiere confiado un menor, éste último caso es intrascendente para la pérdida de la patria potestad. En cuanto a la exposición hecha por los padres tiene como sanción la pérdida de la patria potestad así como la pérdida de los derechos que se tengan sobre las personas y bienes del expósito.

III. - SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Al referirnos a la suspensión de la patria potestad podemos decir que ésta, se da en aquellos casos en que de modo no definitivo el padre se ve impedido para ejercerla. La ley marca taxativamente tales causales que son las que siguen:

Art. 447 I. - Por incapacidad declarada judicialmente;

II. - Por ausencia declarada en forma;

III. - Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión. (9)

La suspensión requiere decreto judicial con conocimiento de causa y otros más requisitos. En efecto su fundamento consiste en he-

chos que deben acreditarse debidamente y aún más que sobre ello pueda llegarse a producir contradicción. Todo ello necesitaría ineludiblemente del conocimiento y resolución del juez. En la práctica el asunto se considera como de jurisdicción voluntaria, en que el juez resuelve después de oír a los parientes y al defensor de menores. (10)

En igual sentido estima Somarriva que es errado este camino, ya que se trata de alterar substancialmente la posición del padre como titular de una potestad. Contra él, debe intentarse la razón a fin de darle oportunidad franca de hacer valer sus razones y descarga. (11)

La suspensión no afecta el derecho del usufructo legal que pertenece al padre por disponerlo expresamente la ley, quitada al padre la administración de aquellos bienes del hijo en que la ley le dá el usufructo, no dejará por esto de tener derecho a los frutos líquidos deducidos los gastos de administración. De todos modos persiste la característica de ser este usufructo legal con carga, esto es con el deber de ocupar preferentemente tales frutos en provecho del hijo pudiendo el padre aprovechar para sí solo en el exceso.

La facultad de suspender el derecho a la guarda y educación de los menores de dieciséis años y la acción tutelar sobre las personas de los menores protegidos con dicha suspensión quedarán exclusivamente encomendadas a la competencia de los tribunales de menores sin perjuicio de las demás facultades que en el orden civil puedan comprender a los tribunales ordinarios.

Los acuerdos de los tribunales en que se suspenda el derecho de los padres o tutores sólo se referirán a la guarda y educación de la persona del menor, y no producirán efectos civiles en cuanto a sus bienes. Si el Tribunal adquiriese el convencimiento de la necesidad de suspender el derecho a la administración de tales bienes, participará el Ministerio Público Fiscal que estudiará los hechos en que se funde dicha convicción para efecto de que éste promueva el procedimiento que corresponda ante el Tribunal Civil.

En el ejercicio de la facultad protectora el Tribunal podía aceptar las medidas de requerimiento de imposición de vigilancia o de suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor, ordenando en su caso que éste sea confiado a la correspondiente Junta de protección de menores, nombrará un delegado o encomendará la vigilancia de guardador a las mencionadas juntas de protección.

Siempre que estos tribunales adopten medidas prolongadas de vigilancia o de guarda y educación, ejercerán su acción tutelar sobre el menor de un modo permanente hasta que acuerde el cese de vigilancia, alcancen la suspensión del derecho de los padres o tutores o de exceder de la mayoría de edad civil tanto en la facultad reformadora como en la protección.

Cuando se suspende el derecho de los padres o tutores a la guarda y educación lo ejercerán los mismos tribunales confiando el --

menor para su custodia a otras personas o entidades y asumiendo el tribunal las facultades que los padres o tutores competen para autorizar los contratos de aprendizaje o de trabajo, la emigración o la inscripción del menor en el ejército o en la Marina de Guerra o Comercio.

En los casos en que el menor sea sometido a la situación de libertad vigilada, o se imponga la vigilancia protectora, el tribunal podrá acordar lo concerniente a su corrección o protección, y los padres o tutores no podrán ejercitar sus derechos.

Cuando el menor sea entregado a otra persona o familia, Sociedad o establecimiento en el ejercicio de la facultad reformadora se considerará implícitamente en suspenso el derecho de los padres o tutores a su guarda y educación. Es decir que sujetos los menores de dieciséis años a la jurisdicción del Tribunal tutelar de menores, éste será competente para suspender a los padres en el ejercicio de la patria potestad así como también para proveer sobre la guarda del menor.

La Legislación Mexicana, señala entre las causas por las que se suspende el ejercicio de la patria potestad, la ausencia declarada en forma; al respecto Fuego Lanery, define a la ausencia en estricto sentido jurídico como "la falta de presencia de la persona respectiva, con el agregado de existir incertidumbre sobre si vive o no". Está ausente de este modo aquél que ha desaparecido de su casa o del

lugar en que vive sin que se tenga noticias de él y sin que se sepa -- con exactitud si vive o no. Tal caso de incertidumbre, es pues, lo que constituye la característica de la ausencia jurídica. Además en la ley -- se comprenden las demás especies de ausencia siempre que reúna la -- circunstancia de ser larga y que produzca los efectos de abandono de -- los intereses en perjuicio grave. De todos modos se trata de una cues-- tión de hecho que el juez debe justipreciar como que la suspensión re-- quiere decreto del juez "con conocimiento de causa". (12)

La naturaleza de las causas por las cuales se suspende la -- patria potestad son única y exclusivamente legales. Es indudable que -- las dos primeras causas que establece nuestro Código Civil para la sus-- pensión de la patria potestad son con motivo de que no es posible cum-- plir con las importantísimas y delicadas tareas que impone esta insti-- tución. Si la persona o personas que ejercen la patria potestad se en-- cuentran ausentes; razones por las cuales el legislador consideró atina-- damente que debía suspenderse a las personas que ejercen la patria -- potestad cuando se encuentren incapacitadas para su desempeño o en -- su caso se encuentren ausentes, para que de esta manera la ejerciera -- la persona que conforme a este mismo Código estuviere llamado a -- ejercerla, evitándose así, consecuencias negativas que pudieran ocasio-- narse en relación a la persona y bienes de los hijos, otorgando oportu-- nidad de recuperar su ejercicio cuando desaparezcan las causas que -- la motivaron y sobre todo no implicando pérdida absoluta de la patria

potestad.

La fracción III denota claramente que sólo habla de la sentencia en sentido bastante general, sin hacer especial mención a la -- sentencia de referencia, sin embargo, deberá entenderse que será cual quier tipo de sentencia vigente en materia penal, y para el caso podemos citar a manera de ejemplo la situación en que los padres cometan delitos que impliquen la privación de la libertad por más de dos años, con lo cual, éstos, no estarían en posibilidad de dar cumplimiento a -- las obligaciones propias de la institución.

Ahora bien, la suspensión en el ejercicio de la patria potestad se dá para los casos de divorcio necesario. Nuestro Código Civil al reglamentar la pérdida de esta función en el Art. 443, F. III nos -- remite a su vez al numeral 283 en relación con el 267.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL
TERCER CAPITULO

- (1) De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Edic. 5a. Ed. Porrúa. S. A. Vol. I. México, 1968. p. 125.
- (2) Ibid.
- (3) Ibid.
- (4) Partida, IV. Título XVIII. Ley, 1a.
- (5) Código Civil para el Distrito Federal. Edic. 39. Ed. Porrúa, S. A. México, 1975. p. 125.
- (6) Couto, Ricardo. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. México, - 1919. p. 326.
- (7) Código Civil para el Distrito Federal. Legs., Cit. p. 125.
- (8) Ibid. p. 126.
- (9) Fueyo Laneri, Fernando. Derecho de Familia. Vol. II. Imp. y Lito Universo, S. A. Santiago de Chile, 1959. p. 414.
- (10) Somarriva Undurraga, Manuel. Derecho de Familia. Ed. Nascimento. Santiago de Chile, 1963. p. 420.
- (11) Fueyo Laneri, Fernando. Ob. Cit. p. 414.

CAPITULO IV

DE LA PARTICIPACION MATERNAL EN LA LEGISLACION COMPARADA.

Creemos que los legisladores del mundo, han coincidido en incluir en las leyes los principios que colocan a la mujer no sólo en la igualdad que corresponde a todos los miembros del género humano, sino que le confiere prerrogativas que son conformes con su carácter de depositaria de la vida misma y que la cuestión fundamental, es que esas leyes sean plenamente observadas porque su valor no descansa en su mera forma sino en el valor intrínseco de justicia que las sustenta.

Por ello es que nos interesa hacer un estudio comparativo, -- relativo a la participación de la mujer en ejercicio de la institución - de la patria potestad, el cual se orienta hacia el reconocimiento del - mismo principio que proclaman Códigos recientes y legislaciones pro- gresivas.

I. - LEGISLACIONES EXTRANJERAS.

A). - PAISES LATINOS.

a). - Francia. - En las regiones de Derecho costumbrista, se conoció, por herencia de principios germánicos y de orientaciones -- cristianas, la participación de la madre en la patria potestad. Fueron,

pues, aquellas regiones singularmente hostiles en la concepción romana del poder paterno, pero ésto no significa precisamente que no existía la patria potestad en aquellos países, sino que es entendida del modo diverso al existente en Roma. Pues hacen recaer el poder paternal en el padre y la madre estando ambos colocados en un mismo plano.

La madre es precisamente quien encarna la familia y vela por la conservación de las tradiciones. De aquí diversos hechos concretos que se le confieren en relación con su misión maternal, como es el de otorgar con el padre el consentimiento para el matrimonio de los hijos, o el de ejercitar una acción, cuando el padre rehusa dar a éstos, una educación acorde con las buenas costumbres.

Así Granotier (1) dice lo siguiente: "Algunas costumbres reconocen que la madre tiene aptitud natural para la educación de los hijos".

Resumiendo esta ordenación de la patria potestad, Pothier (2) indica, que el poder paternal es común al padre y a la madre pero que ésta, que vive ella misma durante el matrimonio bajo la autoridad del marido no puede ejercer aquel poder sino subsidiariamente al padre o dependiente de él.

Por su parte el Proyecto del Código Civil reconocía la participación de la madre en la patria potestad, al definirla como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, que dá al padre y a la madre durante un tiempo limitado y bajo ciertas condicio-

nes la vigilancia de la persona, la administración y el goce de los bienes de sus hijos. Así los artículos 371 y 372 del Código Civil Francés nos muestran ser una autoridad atribuída en común al padre y a la madre; esta autoridad tiene que coordinarse con la marital. Es decir, - - que no se puede excluir totalmente de la patria potestad a la madre, - ya que ésta concurrirá con el padre sin duda en ciertas funciones pudiendo ejercitar diversas acciones concretas en casos de abuso por el padre. Es de observarse que la Doctrina Francesa desde luego tiende a admitir la participación de la madre en el ejercicio de la patria potestad.

Así Colín y Capitant subrayan que la patria potestad a pesar de su nombre corresponde al mismo tiempo al padre y a la madre. (3)

Planiol y Ripert, se lamentaban de que la ley no hubiera llegado más allá, y sugerían que en caso de desacuerdo entre los padres, el legislador debía decidir que disenso equivale a consentimiento y que por consecuencia la autorización de la madre debía bastar. (4)

Finalmente el anteproyecto del Código Civil consagra la --- igualdad del padre y de la madre bajo la rúbrica "De la autoridad del padre y de la madre", proclamándose que salvo disposición especial contraria, el padre y la madre ejercen conjuntamente su autoridad y - la decisión tomada o el acto hecho por uno de ellos se presume haber sido con el acuerdo del otro, salvo oposición de éste último acerca de terceros interesados.

b). - ITALIA. - El Código Civil Italiano de 1865 señala, que, durante el matrimonio la patria potestad compete normalmente al padre, ya sea por homenaje al principio de que al cabeza de familia vienen reservadas la suprema dirección y la responsabilidad de toda decisión, o por la necesidad de unificar el mando que se considere en la familia, más todavía que en otros organismos sociales como indispensable condición del orden y de la prosperidad; la patria potestad sólo por excepción pasaría a la madre cuando el padre no pudiera ejercitarla.

En el Código de 1942 no hubo reforma alguna, el artículo -- 316 establece que la patria potestad es ejercida por el padre, solamente después de la muerte del padre y en casos establecidos por la ley - aquélla es ejercitada por la madre.

Sin embargo, la moderna doctrina italiana se muestra más favorable que el legislador, pues se reconocen por ella los derechos de la madre, es decir que trata de conciliar la tajante declaración del Código de que, esta potestad es ejercida por el padre, con la tendencia moderna a admitir la participación de la madre en la patria potestad. Así Ruggiero y Marol estudiando a quien corresponde la patria potestad expresan: "Esta compete a ambos padres, pero el ejercicio por la unidad de mando es conferida al padre". (5) Messineo sostiene que "la patria potestad es dada indivisivamente a ambos padres (comunidad de poderes), si bien es ejercitada como regla por el padre y por la -

madre sólo en casos excepcionales". (6)

Es menester notar que estos criterios implican al distinguir entre la patria potestad en sí otorgada indivisivamente a los dos cónyuges y el ejercicio de ella conferida únicamente por el mando, un propósito seguramente generoso pero de escasa eficacia práctica, tal vez para la madre.

c). - BELGICA.- El derecho Belga acepta la regulación francesa, ya que la doctrina concibe el papel de la madre como el de colaboradora del padre, e incluso como ejercitante de un control sobre él, en el sentido de que cuando surge un conflicto entre el padre y el hijo, la madre es la mejor situada para tomar la iniciativa de sustraer el hijo a la guarda del padre. Es decir, que los derechos y deberes nacidos de la patria potestad son comunes al padre y a la madre.

d). - ESPAÑA.- Atendiendo al modelo que la ley de matrimonio civil señalaba, el Código Civil acogió el sistema de patria potestad subsidiaria, señalando en el artículo 154 que el padre y en su defecto la madre tienen potestad sobre los hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad y de tributarles respeto y obediencia siempre.

e). - PORTUGAL.- En el derecho portugués las madres participan en la patria potestad y deben ser oídas en todo lo que se refiere

a los intereses de los hijos; pero al padre es a quien especialmente corresponde durante el matrimonio como jefe de familia dirigir, representar y defender a sus hijos menores tanto en juicio como fuera de él. - La doctrina deduce de este concepto la participación de la madre en la patria potestad expresándola de la siguiente manera: "El poder paternal durante el matrimonio es en principio ejercido conjuntamente por ambos padres. (7) En los proyectos de Reforma del Código se mantiene el reconocimiento de la participación de la madre en la patria potestad.

f). - ALEMANIA. - Aunque no haya sido desconocida en el derecho alemán la patria potestad, en el derecho común no se hablaba de patria potestad de la madre. Ya que muerto el padre debía de constituirse la tutela sobre el hijo aunque la madre a costa de realizar ciertas renunciaciones y de prestar algunas garantías tenía derecho de ser nombrada tutora. El Landrecht prusiano hablaba sólo de potestad del padre, pero obligaba a los hijos a venerar y obedecer a ambos progenitores otorgando a la madre el derecho de cuidar y educar a los hijos junto al padre sin perjuicio de la preferencia de éste. Lo cual ha sido un tanto criticado por la doctrina ya que en ésta se tiende a reconocer plenamente la participación de la madre en la patria potestad. Al respecto Lehmann escribe: "Se ha procurado también en este punto buscar por la ley, el equilibrio entre la configuración patriarcal y la individualista de las relaciones familiares con ello dando en cierto modo prefe-

3

rencia a la autoridad del hombre y del padre. (8) Con lo cual no se toma en consideración la actual situación de la mujer en la profesión y en la vida pública ni tampoco un bien entendido interés de los hijos menores.

Hoy consideramos un defecto de que la ley no haya hecho participar en idéntica medida al padre y a la madre en el ejercicio de la patria potestad.

Kipp y Wolff, censuran, el que la patria potestad de la madre sea todavía inferior al padre, y han sugerido una reforma en la regulación de la patria potestad "para equiparar a la madre con el padre", (9)

A partir de la ley del 18 de Junio de 1957 que reviste gran importancia en el ámbito del derecho privado la patria potestad será ejercida por el hombre y la mujer en común. En caso de divergencia de opiniones acerca de la educación de los hijos, prevalece la decisión del marido. Por otro lado sólo el marido autorizado para representar al hijo en actos jurídicos.

g).- SUIZA.- En Suiza el Código Civil de 1907 ha reconocido explícitamente la patria potestad conjunta del padre y de la madre, si bien confiando al padre el poder de decidir en caso de discrepancia. El artículo 274 en efecto establece: "El padre y la madre ejercen conjuntamente la patria potestad durante el matrimonio. A falta de acuer-

do la decisión corresponde al padre. En caso de muerte de uno de los cónyuges la patria potestad corresponde al supérstite y en caso de divorcio a aquél que son entregados los hijos.

h). - PAISES ESCANDINAVOS. - Si diversas legislaciones Europeas establecieron la patria potestad subsidiaria el criterio de las recientes parece orientarse hacia la patria potestad conjunta. En los países escandinavos la patria potestad es ejercida simultáneamente por ambos padres; éstos deberán ponerse de acuerdo sobre todo en las cuestiones de educación de los hijos; para el caso de que no llegaran a ponerse de acuerdo no prevalecerá la opinión del marido sino corresponderá la decisión a la autoridad encargada de la protección de los hijos que tendrá en cuenta sólo los intereses del menor.

B).- PAISES DE FILIACION IBERICA.

a). - ARGENTINA. - En Argentina el Código Civil, concede a la madre solamente la patria potestad subsidiaria en su artículo 264 establece: "El ejercicio de la patria potestad de los hijos corresponde al padre y en caso de muerte de éste o de haber incurrido en la pérdida de la patria potestad o del derecho de ejercitarla, a la madre. El ejercicio de la patria potestad del hijo natural corresponde a la madre o al que reconozca al hijo o a aquél que ha sido declarado su padre o su madre. La tendencia moderna se orienta sin embargo a la admisión de la patria potestad conjunta.

En el anteproyecto de reforma al Código Civil Argentino de Babiloni se consagra aquella con estas palabras: "En cuanto a los hijos legítimos, la madre junto al padre durante la unión matrimonial tienen el derecho y el deber de cuidar de la persona de su hijo". La representación de éste y el gobierno de los bienes pertenecen al padre y para el caso de disenso prevalece la opinión del padre.

b).- CHILE.- El Código Civil de 14 de Diciembre de 1865 se pronunció explícitamente en contra de los derechos maternos. Después de definir la patria potestad en el artículo 140 como el conjunto de derechos que la ley le dá al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados añadió rotundamente que estos derechos pertenecen a la madre. En la doctrina se ha criticado esta radical exclusión. Recientemente los derechos de la mujer han conseguido un trato más favorable.

c).- URUGUAY.- El Código Civil de 1868 no hizo reconocimiento alguno de la participación de la madre en la patria potestad. El artículo 252 señala la patria potestad subsidiaria al disponer que la madre sucede al padre en la patria potestad con todos sus derechos y deberes.

La ley del 11 de septiembre de 1946 ha venido a reformar el régimen jurídico de la mujer, estableciendo la patria potestad conjunta, en efecto el artículo 2 dispone que la patria potestad será ejercida en común por los cónyuges, sin perjuicio de las resoluciones judi-

ciales que priven, suspendan o limiten su ejercicio, o lo confieran a alguno de ellos u otra persona, y de los convenios que señala el artículo 172 del Código Civil. En caso de que los hijos menores posean bienes, los cónyuges decidirán cuál será el que ejerza la administración de los mismos. También cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la intervención del Juez Letrado de menores para prevenir o corregir los actos o procedimientos del otro, que considere perjudiciales para las personas o bienes del menor, esto siempre y cuando con lo que determine el Código del Niño. Esto regirá lo mismo que para hijos naturales o reconocidos por el padre y la madre y para los casos de adopción y legitimación adoptiva realizada por ambos cónyuges.

Derivándose de lo expuesto, que las leyes Argentina y Francesas se pronuncian a priori en favor del hombre; la Uruguayana en cambio no adopta ninguna solución a priori, y entrega a los jueces la decisión concreta mediante un procedimiento en que son oídos todos los interesados. Por lo que esta solución puede llevar a la práctica a un cierto aumento de litigios conyugales sin olvidar, empero, que ella y a su vez ha de significar por sí misma una contención del impulso de someter a magistrados asuntos privados del hogar; pero aún este precio no parece excesivo para las ventajas que el sistema puede importar para la vida del hogar y de la familia. En todo caso vale la pena someter a la experiencia lo que teóricamente constituye sin duda un programa social y ético.

d).- PANAMA.- El artículo 187 del Código Panameño concorde con el 154 del español, estableció simplemente la patria potestad subsidiaria de la madre al declarar que el padre y en su defecto la madre tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados.

e).- COLOMBIA.- El Código Civil Colombiano preceptuó que los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre y a su madre pero estarán especialmente sometidos a aquél. Observamos, pues, que la patria potestad de la madre es puramente subsidiaria, ya que los derechos sobre los hijos son ejercidos por el padre, y a falta de éste, por cualquier causa legal, por la madre, mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias. Esta legislación hace resaltar que los hijos emancipados son hijos de familia y el padre o madre, con relación a ellos, padre o madre de familia.

f).- CUBA.- Por la vigencia del Código Civil Español en Cuba, se ha aplicado el sistema de patria potestad subsidiaria. Sin embargo la doctrina cubana se esforzó en conseguir el reconocimiento de la participación de la madre en la patria potestad. Ya que el Código, dice Machado, concede la patria potestad al padre y sólo en su defecto a la madre. Ella es un deber y un derecho que nace de la relación paterno filial. A veces esa relación tiene su raíz en el matrimonio y como éste descansa en igualdad de derechos para los esposos de acuerdo con la nueva constitución pudiera pensarse que la patria potestad co

responde por igual al padre y a la madre, y que ambos la deben - - ejercer continuamente. (10) Así lo entendieron también los doctores - Blanco, Le Riverend y Díaz Pairó, sosteniendo "eso aparte de que - nuestro tribunal supremo ha dicho en repetidas sentencias que el artícu - lo 43 de dicha carta fundamental es el que reconoce la expresada --- igualdad, no en la simple enunciación de un derecho sino la cabal con - sagración del mismo. (11)

g). - PERU. - El Código Civil del 30 de agosto de 1936 ha for - mulado explícitamente el principio de participación de la madre en la patria potestad, aunque se hace prevalecer en caso de discrepancia el parecer del padre y se confiere a éste, también, la representación -- del hijo y la administración de sus bienes. Enunciándolo en su Art. - 391, el cual proclama: "La patria potestad se ejerce por el padre y - la madre durante el matrimonio, en caso de disentiimiento prevalecerá la opinión del padre, y la representación del hijo, y el administrador de los bienes se confiere al padre.

h). - PUERTO RICO. - El artículo 145 español continuó vigen - te en la isla aún después del cambio de soberanía hasta 1902. Poste-- riormente el proyecto presentado por la comisión, como recuerda el - Doctor Muñoz Morales reprodujo en el artículo 270 y 154 del Código - Español pero variando su primer inciso para establecer que "El padre y la madre tienen potestad", (12) Pero al redactarse definitivamente -

el precepto, se modificó hasta dejar lo expresado en estos términos: - "La patria potestad sobre los hijos legítimos no emancipados corresponde al padre y a la madre conjuntamente, en caso de que haya desacuerdo entre marido y mujer prevalecerá la decisión del marido en todos los asuntos de la familia".

Pocos años después la ley de 1907 enmendó nuevamente la norma, estableciéndose como sigue: La patria potestad sobre los hijos legítimos no emancipados corresponde en primer lugar al padre y en ausencia, impedimento legal o muerte de éste, a la madre. Esta redacción subsiste hasta 1930. La reforma de 1907 parece un retroceso en relación con la de 1902.

Pero ante esta situación, la doctrina y la jurisprudencia puertorriqueña se han esforzado en salvaguardar los derechos maternos. - Así el Doctor Muñoz Morales parece aceptar la condición supletoria en la patria potestad; no priva a la madre del ejercicio de algunos derechos y el cumplimiento de ciertos deberes inherentes a su patria potestad. (13) Y la Corte Suprema de Puerto Rico ha declarado que la patria potestad es natural e inherente a ambos padres, y que la intención de la legislatura al modificar en 1907 el artículo 222 del Código Civil expresando que la patria potestad le corresponde al padre en primer término, no fue con intención de conceder al padre un derecho exclusivo sobre los hijos y de abolir el derecho fundamental de la madre para que solamente surgiese en casos de ausencia, impedimento legal

o muerte de aquél.

i).- VENEZUELA.- El Código de 1943 ha buscado una fórmula para coordinar el derecho del padre en el ejercicio de la función de la patria potestad, con la participación de la madre en la misma. El artículo 261 señala en su párrafo II, que la patria potestad corresponde al padre; pero a su ejercicio coadyuvará durante el matrimonio la madre en lo que respecta al orden doméstico y la dirección de los hijos.

j).- HONDURAS.- El Código Civil de 1906 proclamó la participación de la madre en la patria potestad, si bien reservando al padre ciertos aspectos de esta función. Ya que establece en el artículo 239 - del Código Civil que la madre participa del poder paterno y debe ser oída en todo lo que se refiere a los intereses de los hijos; pero al padre es a quien especialmente corresponde durante el matrimonio como jefe de familia dirigir, representar y defender a sus hijos menores en juicio o fuera de juicio.

k).- COSTA RICA.- En este país, corresponde al padre en su plenitud dice Alberto Brenes, el ejercicio de la patria potestad en cuanto a los hijos legítimos; pero la madre participa de ella con sujeción a la autoridad de aquél. Significa ésto, añade, que la madre está obligada también al cuidado de los hijos y tiene el derecho de gobernar los y corregirlos o castigarlos cuando fuere preciso; pero en caso de

alguna cuestión referente al régimen educativo a que haya de someterse el hijo, o respecto a la ocupación u oficio a que se piense dedicarlo o tocando cualquier otro punto de la disciplina doméstica relacionada con la prole debe de prevalecer la opinión del varón, tanto por ser jefe de familia como por suponérsele de más experiencia y aptitudes para el acertado manejo de los asuntos en general. (14)

1).- FILIPINAS.- El Código de 1949 ha consagrado el principio de que el padre y la madre ejercen solidariamente la patria potestad sobre sus hijos y sólo en caso de desacuerdo prevalecerá la opinión del padre, a no ser que la madre acuda al Juzgado para determinar la licitud de la decisión del marido, en cuyo caso aquél ordenará lo que sea propio dentro de las circunstancias. La doctrina Filipina ha elogiado la consagración de un principio, al decir según Everga -- "Traduce el sentimiento, la costumbre y la idiosincracia de los filipinos", que es un reconocimiento de términos explícitos del papel de la madre que desempeña dentro del recinto del hogar. (15) El padre y la madre afirma, Padilla, ejercen una autoridad paternal conjunta. (15)

C).- PAISES DE "COMMON LAW".

a).- INGLATERRA.- Las leyes sobre la tutela de los menores según expone Jenks han sufrido en Inglaterra grandes cambios. -- Originariamente estaban basadas en una gran extensión en las teorías patriarcales y feudales de la familia, pero fueron reajustadas a las --

condiciones de su tiempo al ser abolidas las formas feudales de posesión de 1660 y de nuevo con la creciente corriente de igualdad de derechos de marido y mujer en 1886 y en 1925. La clave de la nueva legislación está no obstante, no en los derechos abstractos de la madre sino en los intereses del hijo. (17)

Durante la vida del padre, éste tiene la guarda del menor; a la muerte de aquél la madre, bien sola o bien en colaboración de un tutor nombrado por escritura o por testamento del padre, o en defecto por el tribunal. Y aún durante la vida del padre la madre tiene los mismos derechos que él a pedir al tribunal todo aquello que se refiera al menor y a nombrar tutor para después de su muerte por escritura o testamento para que actúe solo en colaboración con el marido superviviente.

b). - ESTADOS UNIDOS. - En los Estados Unidos señala Armijón Nolde y Wolff; se notan las mismas tendencias que en Inglaterra. - El padre y la madre tienen con respecto a sus hijos los derechos que fueron de la tutela más bien que los derechos y obligaciones del poder paternal. (18) En la mayoría de los estados, esos derechos pertenecen a la madre tanto como al padre. En Georgia, Oklahoma, Texas, Louisiana y en el territorio de Hawai los derechos del padre son más extensos que los de la madre.

D).- PAISES SOCIALISTAS.

a).- RUSIA.- En el Código de familia de 16 de septiembre de 1918 en su artículo 150 proclama que los derechos de padre y madre son ejercidos por los padres conjuntamente. Más adelante dispone que todas las medidas que conciernen a los hijos son tomadas por los padres cuando haya acuerdo entre ellos sobre la cuestión. En su artículo 151 decide que en caso de desacuerdo entre los padres la cuestión religiosa es zanjada por el tribunal local con participación de los padres.

La constitución de 5 de diciembre de 1936 reconoce en su artículo 122 de modo general en todos los aspectos de la vida económica, pública, cultural y política iguales derechos a la mujer y al hombre. Desde 1939 se han tomado a favor de la familia una serie de propaganda. El nuevo Código de familia de 8 de julio de 1944 ha derogado prácticamente el de 1926 reduciendo o permitiendo muchas de las particularidades que durante la época revolucionaria se habían adoptado. Pero la orientación en orden a los derechos maternos subsiste, e incluso es de señalar que en los últimos años el régimen soviético ha realizado toda una campaña de exaltación de la madre y de recompensa a las madres fecundas. Se puede también notar que según Hazard las decisiones judiciales actuales en Rusia señalan una preferencia no dudosa por el hogar dirigido por la madre. (19)

b). - YUGOSLAVIA.- La legislación comunista yugoslava como la soviética se ha pronunciado en favor de los derechos maternos. Los artículos 4 y 6 de la ley de matrimonio de 9 de abril de 1947 proclaman la igualdad total del marido y de la mujer, tanto en lo concerniente a ellos mismos, como en sus relaciones con los hijos.

c). - POLONIA.- El Código Civil polaco de 1825 había adoptado un sistema de patria potestad conjunta con decisión del padre en caso de desacuerdo. El artículo 337 proclamaba así, durante el matrimonio, el poder paternal pertenece a los padres; pero en caso de disenso la opinión y la voluntad del padre deciden. Actualmente según señalan Arminjon, Nolde y Wolff hay una igualdad entre el padre y la madre, ha sido establecida en Polonia en cuanto al ejercicio de los derechos paternos por la ley del derecho de familia de 1946. (20)

Por lo que se refiere al derecho Hebreo y al de los países árabes recuérdese lo dicho antes. Pero añadiéndose en el proyecto de Código Libanés el artículo 112 que atribuye la patria potestad al padre y a la madre, aunque el 123 concentra exclusivamente en manos del padre los derechos y obligaciones que confiere esa atribución.

El Código Civil de la República de China proclamó con relación a los hijos menores, que los derechos y deberes paternales serán ejercidos y asumidos conjuntamente por el padre y la madre, a menos que no esté dispuesto otra cosa en la ley. Es decir, los derechos se-

rán ejercidos por el padre, si padre y madre no están en desacuerdo sobre su ejercicio, y por uno de los dos si el otro no puede ejercerlos.

Finalmente en Guatemala el ejercicio de la patria potestad está reglamentado en que debe ser ejercido de manera conjunta, aunque la realidad es otra, pues la mujer tiene un papel secundario en el ejercicio de esta función, pues en el caso como es el de la representación legal del menor y el de la administración de los bienes, ésta la tiene siempre el padre, es decir que con ello se entiende que los deberes que se derivan de la patria potestad están divididos, ya que la mujer por su parte como madre y esposa que es, cumple con su misión natural.

Se deduce lo siguiente, que del estudio de la Legislación -- comparada la tendencia actual se orienta hacia el reconocimiento de la participación de la madre en la patria potestad. En tanto que en los países todavía numerosos en que se concede a la madre simplemente la patria potestad subsidiaria, la doctrina y la jurisprudencia se esfuerzan en ampliar los derechos maternos, interpretando la ley del modo más beneficioso para la mujer, a veces haciendo claras distribuciones de la patria potestad en sí y del ejercicio de esta función protectora, para dejar claramente establecido que la patria potestad compete a ambos progenitores. En tanto que los proyectos de reforma de estos países, sostienen que la patria potestad sea ejercida conjuntamente, pro-

clamando la igualdad entre la mujer y el marido que difícilmente es compatible con la desigualdad que entraña el sistema de patria potestad subsidiaria.

Pero en cuanto a las legislaciones en que se ha consagrado explícitamente el principio de participación se acompaña su formulación con frecuencia de un precepto encaminado a hacer prevalecer la opinión del marido en caso de desacuerdo entre ambos esposos.

II. - LEGISLACION MEXICANA.

a). - CODIGOS CIVILES DE 1870 y 1884.

El Código Civil de 1870 tuvo como antecedente la labor de la comisión dirigida por Jesús Terán presidente del Ministerio de Justicia en el año de 1862 que revisó el proyecto hecho por Justo Sierra, pero esta comisión no terminó con su objetivo sino que tuvo que crearse otra Comisión que fué constituida inmediatamente después de reestablecido el régimen legal Republicano, que redactó el proyecto que posteriormente sería el primer Código Civil Mexicano, o sea el de 1870 - que entró en vigor el primero de Marzo de este mismo año y que en materia familiar fue uno de los Códigos Civiles de América Latina -- más progresista y que daba mayor libertad jurídica a la mujer, aún cuando con las propias limitaciones de la época.

Esta ley establecía que 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. Sólo por muerte, interdicción o ausencia del llamado preferente- mente entrará al ejercicio de la patria potestad el que le siga en el orden establecido por la ley. Notamos pues, que esta ley daba preferencia al padre y a los ascendientes de éste para el ejercicio de esta función, pasando a segundo término a los ascendientes de la madre.

Posteriormente el 14 de Diciembre de 1883 se autorizó al -- Ejecutivo de la Unión para que se hiciera una revisión al Código Civil Mexicano de 1870, cosa que se llevó a cabo, lográndose expedir un -- nuevo Código en el año de 1884, que con relación al anterior no tuvo grandes cambios en su contenido sino que fue una simple copia con algunas innovaciones.

Se precisa igualmente la preferencia del sexo masculino en -- cuanto a la patria potestad, estableciendo su ejercicio: I.- Por el padre. II.- Por la madre. III.- Por los abuelos paternos. IV.- Por los abuelos maternos. A este respecto al igual que en el Código anterior se dispone que el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

b).- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

La patria potestad significó un adelanto con relación a la ley anterior, aunque siguió siendo discriminatorio para los abuelos mater-

nos al colocarlos en orden posterior a los paternos. Se derogó el art. 393 del Código de 1884 que establecía la facultad del padre de nombrar consultores para la madre y las abuelas, pues necesariamente las mujeres necesitaban ser siempre asesoradas. También quedó derogado por la misma razón el Art. 396 anterior, que sancionaba a las abuelas que dejaren de oír el dictamen del consultor o consultores. El Art. 266 -- mantuvo la sanción del Código de 1884 que dice: La madre o abuela -- perderá la patria potestad si vive en mancebía, da a luz un hijo ilegítimo o pasa a segundas nupcias. Al respecto comentamos que de tal precepto se deriva que el padre o los abuelos pueden vivir como les parezca, incluso volverse a casar, tener hijos fuera de matrimonio que su conducta nunca se juzgará deshonesto y menos aún podrá ser sancionada.

c).- CODIGO CIVIL DE 1928.

En el año de 1928 debido al cambio de condiciones sociales de la vida, que impone la necesidad de reformar la legislación se sintió la urgencia de renovar el Derecho Civil del anterior para adaptarlo a la nueva realidad social. La base del legislador para transformar el Código fué; socializar el derecho significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio o

un medio de dominación de una clase sobre otra. La fuerza de la tradición, la obra de las costumbres sin duda son irresistibles, pero muchas veces sancionan irritantes injusticias, privilegios odiosos que el legislador con valentía debe borrar y debe también recoger las reivindicaciones de los oprimidos, de los vejados para convertirlos en preceptos legales. Los buenos propósitos de los autores del Código para elevar la condición de la mujer y sacarla del sometimiento de la voluntad del marido son los siguientes:

Se equiparó la capacidad jurídica del hombre y de la mujer, estableciéndose que ésta no quedaba sometida por razón de su sexo a restricción legal alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos. Como consecuencia de esta equiparación se dió a la mujer domicilio propio, se dispuso que tuviera en el matrimonio autoridad y consideraciones legales iguales al marido, y que por lo mismo de común acuerdo arreglaran todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes de éstos.

Se deduce pues, que la equiparación legal del hombre y la mujer se hacía necesaria en vista de la fuerza arrolladora que ha adquirido el movimiento feminista. Actualmente la mujer ha dejado de estar relegada exclusivamente al hogar; se le han abierto las puertas para que se dedique a todas las actividades sociales y en muchos países toma parte activa en la vida política. En tales condiciones, era un contrasentido la reducción de su capacidad jurídica en materia ci-

vil, sustentada por el Código anterior.

Se modificó en el Código de 1928 el artículo 445, quedando como sigue: la madre o abuela que pase a segundas nupcias no pierde por este hecho la patria potestad. De lo que se nota claramente que se terminó con el precepto discriminatorio de las leyes anteriores. El artículo 446 establece: el nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos de matrimonio anterior. Notamos en este precepto que el mismo, interpretado a contrario sensu podría pensarse que la nueva mujer sí ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior. La razón de no haber incluido la prohibición para la mujer era la ideología reinante del menor valor femenino frente al hombre. No era posible suponer un derecho no consignado en la ley a un sujeto cuando la regla estriba en restringirle sus derechos lo más posible.

Por decreto del 31 de Diciembre de 1953 se modificó el artículo 426 que dice: cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo, pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

En este artículo derogado, se seguía los lineamientos de las legislaciones anteriores "el administrador de los bienes será siempre

el varón. Con la modificación será nombrado de mutuo acuerdo.

d). - REFORMAS AL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL POR DECRETO DE 1974

El papel desempeñado por la mujer en la época actual no sólo en la vida política sino de manera muy especial dentro del seno familiar, ha cambiado notablemente, ha sido preciso adecuar el derecho a la realidad social. Con estas reformas se demuestra que en México desde hace años, ha existido la tendencia a lograr la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, con lo cual se ha adelantado bastante al respecto.

Sin embargo, como ha sido en los últimos años cuando la transformación de la vida femenina ha sido palpable, pues la actividad de la mujer corre pareja a la del varón, y como este desenvolvimiento ha tenido influencia definitiva en la vida familiar, ha sido preciso que nuestro derecho civil avanzara, al reformarse las normas que rigen las relaciones entre los miembros de la familia, para reconocer fundamentalmente el papel de la mujer en el núcleo social, pues en virtud de que los aspectos de mayor importancia lo constituye la relación familiar, y las normas relativas han sido francamente discriminatorias para la mujer, ha sido necesario derogarlas, o en su caso reformarlas para obtener íntegramente el propósito perseguido, o sea esa igualdad jurídica. La mujer mexicana debe aportar su talento y e

nergía productiva en este proceso de avance democrático. Su desempeño es requerimiento del momento presente. Fomentar su total incorporación en el desarrollo de la comunidad es propósito de esencial de las Reformas Constitucionales objeto del presente dictámen.

Dentro de las recientes reformas, el artículo 167 fué derogado, pero su texto con alguna modificación pasó al artículo 168 que dice: El marido y la mujer tendrán en el hogar, autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto resolverán de común acuerdo todo lo conducente al hogar, a la formación y educación de los hijos, y a la administración de los bienes que a estos pertenezcan. En caso de desacuerdo el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente.

Por razones obvias, se suprimió lo anteriormente establecido en el artículo 168 que dejaba a cargo de la mujer únicamente la dirección del hogar.

En cuanto al ejercicio de la patria potestad no hubo modificación alguna, pero el artículo 418 sí fué reformado, quedando como sigue: a falta de los padres ejercerán la patria potestad sobre el hijo los ascendientes que enumeran las fracciones II y III del artículo 414, pero se establece "ya en el orden que determine el Juez de lo Familiar". Encontramos pues, que el legislador ya no distingue si el hijo es nacido de matrimonio o es sólo reconocido. Queda así borrada la preferencia en orden que se atribuía a los abuelos paternos, y de es-

ta manera, no sólo se establece la igualdad entre las dos ramas, sino que se busca la protección del menor puesto que el Juez de lo Familiar concederá el ejercicio del derecho a los abuelos que tengan mayor posibilidad de ejercerlo en beneficio del menor.

Después de haber comentado las reformas al Código Civil - relacionadas principalmente con el reconocimiento jurídico de la mujer podemos concluir; que si bien es cierto todavía nos falta por conseguir, ya que las costumbres, tradiciones, usos aún perduran en la mayor parte de las familias mexicanas a pesar del evidente progreso que ha alcanzado la mujer. Sin embargo reconocemos que se han dado grandes pasos para el reconocimiento efectivo de que la mujer ha dejado de ser ante la ley un ser sujeto a incapacidades y discriminaciones que por siglos se impusieron en su perjuicio.

CITAS BIBLIOGRAFICAS DEL

CUARTO CAPITULO

- (1) Granotier, Paul. L'autorité du mari sur la personne de la femme et la doctrine féministe. París, 1909. p.p. 262, 278 y 279.
- (2) Pothier. Costumes de Orleans, citado por Granotier en su obra L'autorité du mari sur la personne de la femme et la doctrine féministe. París, 1909. p. 281.
- (3) Colín y Capitant, Henry. Curso Elemental de Derecho Civil. Edic. 2a. T. II. Vol. I. España, p. 19.
- (4) Planhol Marcel y Ripert Jorge. Traité pratique de Droit Civil Français. T. II. París, 1926 p.p. 110 y 893.
- (5) Ruggiero Roberto De. Instituciones de Derecho Civil. Edic. - 6a. Vol. I. p. 335.
- (6) Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. T. I. Buenos Aires, p. 337.
- (7) Pires de Lima, F. A. Fillaco poder paternal, Tutela de Menores, emancipacao o matrídades. Coimbra, 1945. Vol. II. p. 285.
- (8) Lehman, Henry. Derecho de familia. Ed. Revista de Derecho Privado. Vol. IV. p. 306.
- (9) Enneccerus Kipp y Wolff. Tratado de Derecho civil. T. IV. - Vol. II. p. 47.
- (10) Machado, José. Comentarios al Código Civil. Ed. Puga Guanabacoa. 1950. T. I. p. 105.
- (11) Doctores Blanco, Le Riverend y Díaz Pairó. En el preámbulo de su proyecto de Código Civil.
- (12) Muñóz Morales. Reseña Histórica y anotaciones al Código Civil de Puerto Rico. Lib. I. Río Riedras. 1947. p. 447.

- (13) Muñoz Morales. Ob. cit. p. 481.
- (14) Brenes Córdoba, Alberto. Derecho Civil de Costa Rica. Tratado de las personas. San. José. 1925, p. 236.
- (15) M. Everga, Sarmiento. El Nuevo Código Civil de la República de Filipinas. Madrid, 1950. p.p. 182 y 183.
- (16) Padilla, Ambrosio. Civil Law. Civil Code annotated. Manila. - 1951. Vol. I. p. 403.
- (17) Jenks, Edwards. El Derecho Inglés. Trad. de J. J. Pania- - gua. Ed. Reus. Madrid, 1930. p. 33.
- (18) Arminjon, Nolde y Wolff. Traité de Droit Comparé. T. I. p. 460.
- (19) Hazard. Le droit et L'évolution de la Société dans. Paris, - 1954. p. 5.
- (20) Arminjon, Nolde y Wolff. Ob. cit. p. 610.

CONCLUSIONES

I. - Suponiendo la existencia de los llamados derechos naturales, la patria potestad pudo ser considerada como uno de ellos en la antigüedad, derivando de este concepto su carácter absoluto e incausado.

II. - Por consiguiente, si se aceptara la patria potestad como un derecho natural, podría ser ejercida con más libertad, y la violación a los deberes legales impuestos, no daría lugar a sanciones tales como la pérdida o suspensión de dicha función.

III. - Pero su transformación actual en un derecho relativo y todavía más en un deber, nos permiten afirmar que la patria potestad debe ser considerada como una función social que tiene por fin la protección del menor y su formación intelectual y moral.

IV. - El legislador, al determinar los sujetos que ejercerán la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, establece en forma conflictiva que dicho ejercicio se llevará a cabo simultáneamente por ambos padres. También observamos cierta discriminación en lo que se refiere a los progenitores de la cónyuge al colocarlos en lugar secundario respecto de los del padre.

V. - En cuanto a la participación que debe tener la madre en

el ejercicio de la patria potestad, sostenemos que deben equipararse - totalmente los deberes y facultades de ésta con los del padre, para - que con ello se logre una eficaz protección intelectual y moral sobre - sus hijos menores, sin dejar de reconocer la importante misión que - realiza la madre en el período de lactancia y maternal.

VI. - Por lo tanto, si a la mujer no se le asegura el cuida- do inmediato de sus hijos en las etapas relacionadas, se le margina y se le limita en la creatividad o productividad que al respecto pueda - desarrollar.

VII. - De lo anterior se debe afirmar la necesidad de la par- ticipación que requiere la mujer dentro y fuera del núcleo familiar, pa- ra enfrentarse a la adversidad y dejar atrás ciertos mitos y conceptos que la encerraban dentro de límites poco amplios, así como también - para realizar sus metas y ambiciones que han de situarla en el lugar que le corresponde, como ser humano. Por lo que procede una verda- dera transformación de los valores comunes para alcanzar el éxito ge- neral sobre el particular.

BIBLIOGRAFIA

ARMIJON, NOLDE Y WOLFF.

"Traité de Droit Comparé". T. I.

BLANCO, LE RIVEREND Y DIAZ PAIRO.

"Preámbulo del Proyecto de Código Civil".

BRENES CORDOBA, ALBERTO.

"Derecho Civil de Costa Rica, Tratado de las Personas".

San José. 1925.

BONET RAMON, FRANCISCO.

"Compendio de Derecho Civil". T. IV. Madrid: Revista de -

Derecho Privado. 1968.

BONNECASE, JULIEN.

"Elementos de Derecho Civil Español", T. I. Vol. XIII. Mé

xico: Cajica, 1948.

CARBONIER, JEAN.

"Derecho Civil", T. I., Vol. II. Barcelona: Urgel, 1961.

CASTAN TOBEÑAS, JOSE.

"Derecho Civil Español, Común y Foral", T. V. Vol. II.

Madrid: Reus, 1958.

CASTAN VAZQUEZ, JOSE MARIA.

"La patria potestad", Madrid: Revista de Derecho Privado. 1960.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

México: Porrúa. 1975.

COLIN Y CAPITANT, HENRI

"Curso Elemental de Derecho Civil". T. II. Vol. I. Madrid: Reus, 1942.

CICU, ANTONIO.

"El derecho de familia". Italla Ediar, 1947.

DE BUEN, DEMOFILO.

"Notas al Curso de Colín y Capitant", T. II. Vol. I.

DE DIEGO, CLEMENTE.

"Instituciones de Derecho Civil". T. II.

DEKKERS, RENE.

"Precis de Droit Civil belge", Bruxelles, 1954.

DE PINA, RAFAEL.

"Elementos de Derecho Civil Mexicano", Vol. I. México: Porrúa. 1968.

DICCIONARIO MANUAL E ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

Madrid: Espasa Calpe. 1950.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.

T. XXI. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina. 1969.

FUEYO LANERI, FERNANDO.

"Derecho de Familia", Vol. II. Santiago de Chile: Imprenta y Lito Universo, S. A. 1959.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO.

"Derecho Civil", México: Porrúa. 1976.

JOSSERAND, LOUIS.

"Curso de Derecho Civil", París: Sirey, 1932.

JENKS, EDUARDS.

"El Derecho Inglés", Madrid: Reus, 1930.

KIPP Y WOLFF, MARTIN Y TEODOR.

"Tratado de Derecho Civil". Vol. II. Barcelona: Bosch, 1946.

LEHMANN, HENRY.

"Derecho de Familia", Madrid: Revista de Derecho Privado.
1953.

MACHADO, JOSE.

"Comentarios al Código Civil", T. I. Guanabacoa: Puga, - -
1950.

MATEOS ALARCON, MANUEL.

"Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal". T. I.
México: 1885.

MANRESA Y NAVARRO, JOSE MARIA.

"Comentarios al Código Civil Español". Reus. Rev. por Bo-
net Ramón. 1937.

MAZEAUD, HENRY LEON Y JEAN.

"Lecciones de Derecho Civil". Vol. IV. Buenos Aires: Edi-
ciones Jurídicas Europa-América. 1954.

MESSINEO, FRANCISCO.

"Manual de Derecho Civil y Comercial". T. III. Buenos Ai-
res: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1954.

MUÑOZ MORALES.

"Reseñas Históricas y Anotaciones al Código Civil de Puerto
Rico". Lib. I. Río Piedras: 1947.

M. EVERGA, SARMIENTO.

"El Nuevo Código Civil de Filipinas". Madrid: 1960.

MONTERO DUHALT, SARA, Y OTROS,

"Condición Jurídica de la Mujer en México". México: 1975.

PLANIOL MARCEL Y RIPERT JORGE.

"Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". T. I. Habana:
Ed. Cultural. 1039.

PIRES DE LIMA, F. A.

Filiaco Poder Paternal, Tutela de Menores, Emancipacao e
Mairidades". Coimbra, 1945.

POTHIER.

"Costumes de Orleans". Citado por Granotier en su obra - -
L'autorité du mari sur la personne de la femme et la doctri
na feministe". París: 1909.

RUGGIERO, ROBERTO DE.

"Instituciones de Derecho Civil". T. IV. Vol. II. Reus.

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL.

"Derecho de Familia". Santiago de Chile: Nacimiento. - -
1963.

VALVERDE Y VALVERDE, CALEXTO.

"Tratado de Derecho Civil Español". T. II. Valladolid. Cues
ta. 1921.

INDICE

CAPITULO I DE LA PATRIA POTESTAD

- I. - Concepto.
- II. - Naturaleza Jurídica.
- III. - Definición de la patria potestad.

CAPITULO II DE LA ADQUISICION, MODIFICACION Y EFECTOS DE LA POTESTAD MATERNAL

- I. - Adquisición
 - a). - Características de la Relación Paterno filial.
 - b). - Hijos sujetos a patria potestad.
- II. - Modificación.
- III. - La participación maternal en el ejercicio de la patria potestad.
- IV. - Efectos de la Patria Potestad.
 - a). - En caso de Disolución de Matrimonio.
 - b). - En caso de Nulidad de Matrimonio.

CAPITULO III
DE LOS MODOS DE ACABARSE, PERDERSE Y SUSPENDERSE
LA PATRIA POTESTAD.

- I. - De los modos de acabarse la patria potestad.
- II. - Pérdida de la Patria Potestad.
- III. - Suspensión de la Patria Potestad.

CAPITULO IV
DE LA PARTICIPACION MATERNA L EN
LA LEGISLACION COMPARADA

- I. - Legislaciones Extranjeras.
- II. - Legislación Mexicana.
 - a). - Códigos Civiles de 1870 y 1884.
 - b). - Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.
 - c). - Reformas al Código Civil de 1974.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INDICE