

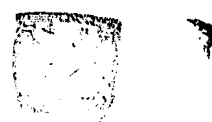
286
24

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



"ANTINOMIA DEL ARTICULO 415 CON LOS ARTICULOS 380 Y 381 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE. LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO"



T E S I S
QUE PARA OPTAR AL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MA. MAGDALENA GARCIA MORENO



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.

NOVIEMBRE 1990



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

INTRODUCCION.

C A P I T U L O P R I M E R O .

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA POTESTAD.

I.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.....	1
A).- La patria potestad en el Derecho Romano An- tiguu.....	4
B).- La patria potestad en el Derecho Romano Clá- sico y en el Bajo Imperio.....	7
C).- Fuentes de la patria potestad en el Derecho Romano.....	10
D).- Causas que ponen fin a la patria potestad..	12
II.-LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO FRANCES ANTIGUO	15
III.-LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTI-- GUO.....	19
A).- Fuentes de la patria potestad en el Derecho Español.....	22
B).- Pérdida de la patria potestad en el Derecho Español.....	23
IV.-LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO.....	25
A).- Derecho Azteca.....	25
B).- La patria potestad en los Códigos Civiles - de 1870 y 1884.....	28
1.- Efectos de la patria potestad en rela- ción a la persona de los hijos.....	29
2.- Efectos de la patria potestad en rela- ción a los bienes de los hijos.....	31
C).- Código Civil de 1884.....	32

V.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.....	34
--	----

C A P I T U L O S E G U N D O .

GENERALIDADES DE LA PATRIA POTESTAD.

I.- DEFINICION DE LA PATRIA POTESTAD.....	43
II.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.....	48
III.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.....	52
A).- Efectos de la patria potestad con rela--- ción a la persona de los hijos.....	53
B).- Efectos de la patria potestad con rela--- ción a los bienes de los hijos.....	59
C).- Terminación, pérdida, suspensión y excusa del ejercicio de la patria potestad.....	68
IV.- LA EMANCIPACION,.....	74
A).- DEFINICION DE EMANCIPACION.....	75

C A P I T U L O T E R C E R O .

BREVE ANALISIS COMPARATIVO DE LAS INSTITUCIONES DE - TUTELA, ADOPCION, CUSTODIA Y PATRIA POTESTAD.

1.- TUTELA.....	79
A).- Definición de tutela:.....	79
B).- Diversos tipos de tutela.....	81
1.- Tutela testamentaria.....	81
2.- Tutela legítima.....	83
3.- Tutela dativa.....	88
a).- Curador.....	91
b).- Consejo local de tutelas.....	92
C).- Regulación legal de la tutela.....	93

II.- LA ADOPCION.....	98
A).- Revocación de la adopción.....	105
III.- LA CUSTODIA.....	108
IV.- COMPARACION Y DISTINCION DE LAS ANTERIORES INS- TITUCIONES.....	110

C A P I T U L O C U A R T O .

LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.

I.- ANTECEDENTES HISTORICOS.....	114
A).- Código Civil de 1870.....	116
B).- Código Civil de 1884.....	118
C).- Ley Sobre Relaciones Familiares.....	119
D).- Código Civil de 1928.....	119
II.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES.....	121
III.- PERSONAS SUJETAS A PATRIA POTESTAD.....	126
IV.- CONTRADICCION DEL ARTICULO 415 EN RELACION A - LOS ARTICULOS 380 Y 381 DEL CODIGO CIVIL VIGEN TE.....	128

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

B I B L I O G R A F I A .

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

En el transcurso de la presente investigación expondremos un panorama general de la situación jurídica y social de los grandes males que padecen las personas que han tenido la desgracia de haber nacido fuera de matrimonio, siendo este tema de especial interés para nosotros ya que aún cuando podemos decir, que existe un gran avance de nuestra legislación con respecto a la materia de Derecho Familiar, pero también es cierto, -- que nuestro legislador no puede ignorar o desconocer la realidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, ni -- mucho menos quedar al margen de esa situación que día -- con día se refleja cada vez más en el ámbito tan comple -- jo de nuestra sociedad, en virtud de que quien se --- encuentra en esa situación, tiene la inquietud de que -- su situación sea considerada y resuelta de conformidad a nuestra realidad jurídica y social.

Con la elaboración del presente trabajo no -- pretendemos agotar el tema materia de nuestra tesis en atención a que el mismo es extenso. Sin embargo, y no obstante que nuestra legislación hoy en día es considerada como una de las más avanzadas y flexibles, estimamos que existen algunas deficiencias, más sin embargo -- tenemos la certeza de que se pueden subsanar y porque -- no decirlo, incluso se puede llegar a perfeccionar.

En el capítulo primero de la presente investi
gación analizaremos a la institución de la patria potes-
tad desde el Derecho Romano para enseguida pasar al aná
lisis de esta institución en el Derecho Francés, para -
continuar con el Derecho Español y pasar al estudio de
nuestro propio sistema de regulación, contemplada ésta
institución desde el Derecho Azteca hasta nuestros días.

En el capítulo segundo analizaremos lo concer-
niente a la institución de la patria potestad a la luz
de nuestro Código Civil, en su aspecto general y parti-
cular. Por lo que respecta al capítulo tercero efectua-
remos un breve análisis comparativo con otras institu-
ciones semejantes y que tienen gran relevancia como la
tutela, la adopción y la custodia marcandose algunas di
ferencias de unas con otras para tratar de entender los
elementos que las ligan o diferencian de la patria po-
testad, para concluir con el capítulo cuarto que es ma-
teria del presente trabajo, el cual nos despertó gran -
interés ya que existe la denominación de nuestro Código
Civil a los hijos, ya que consideramos que sólo se modi
ficó la denominación de hijos naturales por la de hijos
nacidos fuera de matrimonio o extramatrimoniales, e in-
cluso se preveen situaciones diversas de unos y otros.

C A P I T U L O P R I M E R O .

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA - PATRIA POTESTAD.

I.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERE-
CHO ROMANO. II.- LA PATRIA POTESTAD
EN EL DERECHO FRANCES ANTIGUO.-----
III.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DE--
RECHO ESPANOL ANTIGUO. IV.- LA PA--
TRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA POTESTAD

I.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.

Las numerosas investigaciones que se han efectuado con el auxilio de algunas ciencias como la arqueología y la lingüística nos demuestran la gran diversidad de pueblos que existieron en algunas Ciudades como la de Italia, en la que encontramos pueblos como los ligures, celtas, etruscos, latinos, etc., pueblos que --- crearon a la Roma primitiva que tenía sus propias normas de Derecho moldeadas a sus necesidades sociales.

El tratadista Urcisino Alvarez, al respecto comenta; " También tuvieron gran influencia los pueblos Orientales como Fenicia, Asiria, Babilonia, Siria y --- Egipto, que aportaron a Grecia los elementos fundamentales de su civilización y de sus leyes, recibiendo Roma esta corriente por medio de sus juristas quiénes habían estudiado las leyes y filosofía en Grecia, también por ser algunos de los legisladores de origen oriental por haber nacido en las provincias que Roma poseía en Oriente." (1)

(1) Alvarez Suárez, Urcisino. Horizonte Actual del Derecho Romano. Madrid 1946, pag. 167

Al estar Roma en contacto con el pueblo Egipcio se relaciona con las tribus de Israel quienes tenían una organización de patriarcas en su ámbito social, ya que la potestad de estos pueblos era ejercida por el padre sobre la mujer y los hijos, de tal forma que el padre conservaba a su lado a todos sus hijos fueran célibes o casados, alcanzando un poder absoluto sobre la familia, desempeñando varias funciones a la vez, como la de padre, educador, magistrado, pontífice, administrador, soberano, etc., teniendo como jefe de esta comunidad al más viejo, el cual podía designar a quién o quiénes lo ayudaran a cumplir su cometido y aún a reemplazarlo después de su muerte.

Roma forma su legislación influenciada por estos conceptos, pero la patria potestad del pueblo romano fué más rígida que en otros pueblos, ya que la misma significaba en el derecho romano un poder absoluto en favor del padre quien era el que la ejercía revistiendo se de un carácter despótico que llegaba al extremo de encerrar en él un poder de vida ó muerte sobre las personas que se encontraban sujetas a su potestad.

Al referirse el autor Eugene Petit a la Roma antigua señala que; "Durante los primeros siglos la patria potestad hace del jefe de familia un verdadero magistrado doméstico, tomando descisiones sin apelación y pudiendo hacer ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas. Tiene sobre ellos poder de vida o de muerte, puede manciparlos a un tercero y abandonarlo." (2)

(2) Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción, Manuel Rodríguez Carrasco. Ed. Cárdenas 1987, pag. 99

De esta forma podemos decir, que la institución de la patria potestad no tenía por objeto la protección de los hijos, más bien se manifiesta un interés hacia el jefe de familia al que se le atribuían derechos muy rigurosos que se asemejaban a los que tenía un amo sobre sus esclavos, en este sentido la patria potestad no puede considerarse de importancia por lo que respecta a la protección de los hijos, en virtud de que -- quién sometido a ella no se liberaba de ésta ni por la edad ni por el matrimonio, también se podía dar la situación de que la patria potestad no fuera ejercida por el padre sino por el abuelo paterno quién, ejercería sobre sus hijos y sus nietos ya que esta institución se estableció y se organizó de tal manera que por encima de todos los intereses se tuviera el de la familia -- quién debería de tener un sólo jefe provisto de poderes para salvaguardar el interés del grupo.

Al respecto el tratadista René Foignet nos comenta; "La naturaleza jurídica de la patria potestad no era un poder protector sino que únicamente favorecía a los que la ejercían teniendo los derechos de su parte - y todas las obligaciones estaban a cargo de los que estaban sujetos a ella." (3)

La patria potestad llegó a ser considerada como eterna debido a la forma de su reglamentación ya que era ejercida por el varón "Pater Familias", nunca la -- ejercía la mujer puesto que ella misma se encontraba --

(3) Foignet René. Manual Elemental de Derecho Romano, - pag. 44

sujeta a esa potestad, de ahí que esta institución nos da la idea de soberanía doméstica conferida al varón, - encontrándose la mujer, los hijos y los esclavos ya que incluso a estos últimos se les consideraba como parte - de la familia. El profesor Sabino Ventura Silva, sobre este particular comenta; "La patria potestad otorgaba - al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, mismo que ejercía, al mismo tiempo, sobre la persona y los bienes de los - hijos." (4)

De todo lo anotado anteriormente, podemos deducir, que la patria potestad conferida al padre no sólo otorgaba derechos rigurosos, sobre las personas que se encontraban sujetas a ella, sino también sobre los bienes que les pertenecían.

Para una mayor comprensión de esta institución en el Derecho Romano trataremos de analizarla desde -- tres puntos de vista o mejor dicho la dividiremos en -- tres periodos; En el Derecho Antiguo, en el Derecho Clásico y en el bajo imperio, enfocando a estos dos últimos de manera continúa.

A).- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO ANTIGUO.

Podemos decir que en este Derecho Antiguo el pater familias tenía sobre sus hijos los mismos derechos que sobre sus esclavos, podía venderlos, abandonarlos, -

(4) Ventura Silva Sabino. Derecho Romano. México, --- pag. 99

darlos en pago, era tanto el poder del pater que incluso se le concedió un derecho de vida y muerte. Un hecho de destaca reelevancia era el que el hijo para poder -- contraer matrimonio debería de contar con la autorización de su pater, ya que en caso de que contrajera -- matrimonio sin la autorización del pater, podía este -- romper el matrimonio e incluso podía imponer el divorcio, ahora por lo que respecta a las hijas sólo requererían de la aprobación del abuelo paterno.

A este respecto nos alude el tratadista Eugene Petit; "Los hijos bajo la potestad deben de obtener el consentimiento del padre de familia. El padre de familia debe consentir aunque sea el abuelo del descendiente -- que contrae matrimonio, pero en semejante caso el consentimiento del padre se exige para ese nieto, puesto -- que a la muerte del abuelo los hijos nacidos de matrimonio caigan bajo la potestad del padre, y este es un resultado sobre el cual debe haber consentido. No sucede lo mismo con las nietas: sus hijos entran en la familia civil del marido, y no exige por tanto el consentimiento del padre el del abuelo que tenía la potestad es suficiente." (5)

De lo anterior se deduce, que las hijas y las nietas podían celebrar libremente su matrimonio aún sin la autorización del pater, bastando con la autorización del abuelo paterno en atención a que la mujer al contraer matrimonio sale de la autoridad de su pater familias para entrar a la autoridad y potestad de su marido,

(5) Petit Eugene. Ob. Cit. pag. 105

en este Derecho Romano antiguo se dice podía imponer -- castigos a sus hijos e incluso, se encontraba facultado para llegar a matarlos, esto era oyendo previamente la opinión de sus parientes más cercanos.

Por otra parte y respecto de los bienes de los hijos, era el pater familia el único que podía disponer de ellos e incluso de los adquiridos por el trabajo del hijo sin que este pudiera ser titular de derechos propios ya que lo que adquiría pasaba a formar parte del patrimonio de su pater, por lo que podemos decir que el hijo se encontraba en una situación similar a la del esclavo, ya que su personalidad era absorbida por el --- pater, aunque podía darse el caso de que el pater familia confiara un peculio a su hijo para que lo administrara con la capacidad de realizar negocios exceptuándose los de enajenación o gravamen ya que carecía de -- propiedad alguna y de derechos reales, podía adquirir - para su pater estos derechos y en caso de quedar obligado por los actos realizados, se encontraba como deudor el hijo más no el pater familia, por tanto la capacidad del hijo para realizar negocios, era como un instrumento de adquisición similar a la capacidad del esclavo ya que el pater era el propietario de los bienes, en esta etapa realmente es muy poca la diferencia que existía entre el hijo y el esclavo, porque el hijo tenía Status libertatis (era una persona libre) y el status civitatus, (era considerado ciudadano romano, con los mismos derechos políticos que el pater, ocupar cargos públicos, votar y ser votado, ser electo para ocupar magistraturas), en tanto que el esclavo no gozaba de ninguno de - estos status, concedidos al hijo de familia.

Podemos señalar que lo anotado anteriormente comprende los aspectos más importantes sobre el tema de nuestro estudio, por lo que enseguida analizaremos la siguiente etapa, en la que dividimos el presente trabajo.

B).- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO CLASICO Y EN EL BAJO IMPERIO.

Dentro de la evolución del Derecho Romano podemos palpar, como poco a poco se va modificando el concepto riguroso que se tuvo en el Derecho antiguo primitivo sobre la patria potestad, así como la transformación que tiene su regulación en la legislación romana.

El profesor Guillermo F. Margadant, nos señala; " La patria potestad que, en su origen, fué un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió durante la fase imperial, en una figura jurídica en la que encontramos derechos y deberes mutuos." (6)

El tratadista Eugene Petit, en su obra Tratado Elemental de Derecho romano, comenta que el poder de dar muerte al hijo continua hasta tiempos de la República -- pero con mayor moderación, y que para fines de la república se manifestó el propósito de limitar los poderes y facultades del pater familia, así mismo se reconoció a los hijos ciertos derechos tanto en su persona así como en sus bienes.

(6) Margadant, Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano. Ed. Esfinge. México 1974, pag. 201

De esta manera en el bajo imperio con Adriano se castigó con la expatriación a un padre que había matado a su hijo culpable de adulterio, es decir, se le quitó al pater el derecho de vida y muerte que tenía sobre sus hijos, bajo el imperio de Séptimo Severo y Constantino se dice que quien mande matar a su hijo sería castigado como parricida. Así para fines del siglo II - A. de C. los poderes del pater familia se ven reducidos, e incluso se les desposeyó de la facultad de anular matrimonios, dando pauta con ello a que sus poderes se -- vean reducidos a un simple derecho de corrección, nos sigue comentando este tratadista lo siguiente:

En la época de Caracalla la venta de los hijos se declaró ilícita permitiéndose esta sólo en caso de -- necesidad para procurarse alimentos, con Dioclesiano se prohíbe la venta de los hijos en cualquiera de sus formas, (empeño o donación), posteriormente se renovó esta práctica en la época de Constantino con algunas restricciones, se permitía en el caso de que el padre fuera -- negligente otorgándole el derecho de volver a tomar a -- su hijo abonándose al acreedor, de igual manera el hijo que fuera abandonado y recogido, quedaba bajo la autoridad de quién lo recogió como hijo o bien como esclavo, vemos como se suaviza en esta etapa la situación -- de los hijos, transformándose la forma de regulación -- por lo que para la época de Justiniano se declaró Sui -- luris e ingenuo, además se reconoció al hijo el derecho de quejarse judicialmente de su pater familia y de exigirle alimentos.

Por lo que respecta a los bienes, en el bajo -- imperio, ciertas adquisiciones fueron otorgadas en fa-

vor de estos en toda propiedad, extendiendose este favor en lo sucesivo, todo lo adquirido por el hijo queda de su propiedad con excepción de los bienes que cedía a su pater y por lo que respecta al estado de deudor en que por los negocios realizados por el hijo se caía, se modificó permitiendole a un tercero que accione contra el pater cuando este hubiere autorizado a su hijo a que celebrara el acto, se reconoció al hijo como titular de derechos patrimoniales creandose varias clases de peculios a su favor como fueron los siguientes: (6 bis.)

1.- "PECULIO CASTRENSE: Era aquel que se constituía por bienes cuya propiedad era absoluta del hijo, en virtud de que los adquiría en su calidad de militar, formando parte de este peculio el sueldo, el botín de guerra las distribuciones de tierra ya que este peculio era un privilegio para los militares y para el caso de que el hijo de familia falleciera sin testar sus bienes pasaban a poder del pater familia."

2.-"PECULIO CUASICASTRENSE: Es aquel que comprendía todos aquellos bienes que el hijo adquiría al servicio del palacio del emperador o del Estado, al servicio de la corte o bién de la iglesia, este peculio se asimiló al peculio castrense con la diferencia de que este no se podía transmitir por testamento."

3.-"BIENES ADVENTICIOS: Estos bienes se constituían, por lo que el hijo adquiría o heredaba de su madre durante la patria potestad, teniendo el pater sobre

(6 bis.) CFR. Petit, Eugene. Ob. cit. pags. 55 a 74 y -
95 a 103

estos bienes el usufructo y la administración, reservándose la propiedad al hijo. Con posterioridad la capacidad adquisitiva del hijo se fué ampliando y comprendió parte de este peculio los bienes que el hijo recibiera de sus ascendientes maternos."

"Por último diremos que con Justiniano se declara como propiedad del hijo todos los bienes que adquiriera por cualquier modo, reservándose la administración y el disfrute al pater familia, con excepción del peculio castrense el cual quedaba en plena propiedad, administración y disfrute del hijo." (7)

De todo lo anteriormente anotado se deduce que la institución de la patria potestad a través de su evolución tiene una amplia extensión jurídica en este Derecho Romano, que se fué suavizando poco a poco y que al sufrir modificaciones llegó a ser considerado como un derecho tutelar sin que se tuviera como finalidad primordial el beneficio del pater familia, sino más bien se le otorga un enfoque de protección hacia los hijos - que se encontraban sujetos a la patria potestad.

C).- FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.

En este capítulo haremos un breve estudio de las fuentes de la patria potestad en el Derecho Romano por la gran trascendencia e influencia que se refleja -

(7) Ventura Silva, Sabino. Ob. cit. pags. 94, 95

en nuestro sistema de derecho, haciendose palpable la -
diferencia desde esa época hasta la actualidad en vir--
tud de que de ahí parte nuestra legislación por la enor-
me trascendencia de la una para con la otra.

De acuerdo con el estudio realizado por algu-
nos tratadistas de la materia, la patria postestad surge
de tres fuentes del Derecho Civil; señalandose una -
natural y general como lo es el matrimonio o justas nup-
cias, al lado de las excepcionales o artificiales como
las de legitimación y adopción.

"Se consideró como justas nupcias al matrimo-
nio legítimo que se efectuaba conforme a las reglas del
Derecho Civil en Roma y que valía para los hijos la ca-
lidad ó clasificación de "hijos legítimos". La adopción
que era la institución en virtud de la cual se estable-
cieron relaciones análogas a las creadas por las justas
nupcias entre el hijo y el pater familia, haciendose --
caer de esta manera dentro de la autoridad paterna a --
las personas que por lo regular no tienen lazo de paren-
tesco natural con el pater familia, distinguiendose en
Roma dos clases de adopción, la adopción propiamente di-
cha en la que el pater adquiría la patria potestad so-
bre el hijo ciudadano romano y la adopción efectuada -
por un ascendiente, es decir el hijo emancipado daba en
adopción a su hijo, pasando de una familia a otra."

"Por lo que respecta a la legitimación, era un
medio creado por los emperadores cristianos para favore-
cer las uniones irregulares, permitiendo al pater adqui-
rir la autoridad paterna sobre los hijos naturales naci-

dos en concubinato." (8)

D).- CAUSAS QUE PONEN FIN A LA PATRIA POTESTAD

Dentro de las causas señaladas que ponen fin a esta autoridad paterna, pueden referirse los acontecimientos fortuitos o bien solemnes:

Acontecimientos Fortuitos:

- 1).- Por muerte del pater o por su capitus diminutio máxima o media.
- 2).- Por la muerte del hijo o por su capitus diminutio máxima o media.
- 3).- Por la entrada del hijo al sacerdocio.
- 4).- Por nombramiento de consul del hijo ó por su elevación a ciertas dignidades.
- 5).- Por la exposición del hijo o bien la ---
prostitución de la hija.

Actos Solemnes:

- 6).- Por la entrega del hijo en adopción.
- 7).- Por la emancipación.

(8) Petit, Eugene. Ob. cit. pags. 113 a 119.

Estos actos solemnes que enunciamos dependen de la voluntad del jefe de familia, siendo que el emanciparse el hijo sale de la patria potestad del pater, a este respecto el profesor Sabino Ventura Silva, define a la emancipación de la siguiente manera; "Es el acto por el cuál el jefe de familia hace salir de su potestad al hijo haciendose este Sui Iuris."(9)

Como ya lo hemos señalado, el pater podía hacer salir de su potestad a su hijo, tenía que manumitirlo y al consumarse la tercera manumisión quedaba rota la autoridad paterna, por lo que se refiere a las causas -- que se enumeran para la perdida de la patria potestad, señalamos que se perdía por la elevación del hijo a ciertas dignidades como la de Consul o bien por el Sacerdocio, por lo que nos permitimos anotar el pensamiento del tratadista Rodolfo Sohmm quién lo expresa de la siguiente manera; "El derecho paterno se acaba ipso iure, en el derecho antiguo como el hijo o la hija adquirían la dignidad sacerdotal de flamen dialis o vigo vestalis; en el derecho de Justiniano cuando el hijo alcance gerarquía episcopal o el patriarcado, fuera de estos casos la patria potestad dura hasta que viva el padre."(10)

En cuanto a la capitus diminutio ya sea mínima o máxima, al igual que la muerte acarrea al pater familia la perdida de la patria potestad, que sólo en ciertos casos no era definitiva, ya que podía ser recuperada

(9) Ventura Silva, Sabino. Ob. cit., pág. 121

(10) Sohmm , Rodolfo. Instituciones de Derecho Privado - Romano, traduc. de W. Roses. pág. 299.

como es el caso de los prisioneros de guerra que logran escapar y vuelven a sus hogares.

El tratadista Eugene Petit, nos dice al respecto; "El efecto de la esclavitud se borra retroactivamente de suerte que vuelve a la condición jurídica que estaría sino hubiese caído en poder del enemigo." (11)

De igual manera expresa Rodolfo Sohm; "Mientras el Ciudadano romano se encuentra en cautiverio, todos sus derechos se mantienen en suspenso, más no desaparecen. El cautivo sigue siendo ciudadano romano, propietario de sus bienes y titular de sus derechos de patria potestad, aún cuando no le sea dado ejercerlo." (12)

De todo lo anteriormente anotado podemos decir, que la patria potestad, en el Derecho Romano, encierra principios rigurosos en el que se otorgó al pater exclusivamente facultades, respondiendo estas a su propio interés, pero a través de su evolución, nos demuestra la gradual debilitación de ese poder paterno, para finalmente llegar a ser concebido como un derecho protector para los hijos que se encuentran sujetos a la patria potestad por lo que enseguida pasaremos a analizar el siguiente inciso.

(11) Petit, Eugene. Ob. cit., pág. 121

(12) Sohm, Rodolfo. Ob. cit., pág. 102

II.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO FRANCES ANTIGUO.

Es indudable la existencia de un poder paternal en este derecho francés el cual contiene matices --- normas completamente distintas a las habidas en el Derecho Romano.

Comenzaremos el estudio de este Derecho Francés diciendo que con la promulgación del Código de Napoleón en Francia, se estableció la patria potestad pero no como un beneficio para la persona que la ejercía sino más bien se otorgó mayor protección a los hijos en atención a que en un principio fué ejercida tanto por el padre como por la madre aún cuando la autoridad del padre sólo se ejercía durante el matrimonio, ejerciéndola la madre durante la ausencia o incapacidad del padre o bien por la muerte de éste.

En el Código de Napoleón se consigna a la patria potestad en los artículos 371 al 378, estableciendo se por el principio de cuentas que cualquiera que fuera la edad del hijo este debe honrar y respetar a sus padres, hasta que llegue a la mayoría de edad, o hasta su emancipación, el autor Luis Fernández Clerigó, nos dice "que con la promulgación de este Código la patria potestad es una institución que se estableció en beneficio de los hijos, otorgando al padre el derecho de usufructo so

bre los bienes de su hijos menores, facultando a la madre para que la ejerza en ausencia o defensas del padre, — ese usufructo que se les otorga a los padres era considerado como una manera de compensarlos por los deberes — desempeñado de cuidado y administración a que se encontraban sujetos. " (13)

De esta manera el Código de Napoleón, en su artículo 372 que señala:

"El hijo permanece bajo la autoridad de sus padres hasta que sea mayor de edad o se emancipe."

De igual forma el artículo 373, dispone; "El padre sólo ejercerá esa autoridad durante el matrimonio y dentro de el, y este poder paterno sólo pasa a la madre en los casos de disolución matrimonial por divorcio a causa culpable del marido o por ausencia o incapacidad física, o legal del mismo y desde luego la muerte del padre."

Como lo hemos venido haciendo notar en este derecho francés nos da un marcado cambio con respecto al Derecho Romano, ya que la institución de la patria potestad se establece, pero como un derecho protector para los hijos, desaparece por completo el carácter depótico con que se revistió al pater en el Derecho Romano, comprendiendo en este Derecho francés los siguientes derechos, de conformidad con el artículo 385.

(13) Fernández Clerigo, Luis. El Derecho de Familia ---- en la Legislación Contemporánea, pág 278

El ejercicio de los derechos que se derivan de la patria potestad imponen correlativamente deberes, como el caso de los alimentos, educación y administración, así el Derecho de guarda supone la obligación de educación y dirección, en relación a los deberes a que nos referimos es conveniente señalar los que el texto de la ley menciona en su artículo 385; "Los padres están obligados a pagar la alimentación, mantenimiento y educación de los hijos", pudiendo clasificarlos de la siguiente manera:

- 1.- El Derecho de Guarda y Corrección.
- 2.- El Derecho de Usufructo Legal
- 3.- El Derecho de Consentir en el Matrimonio del Hijo.
- 4.- El Derecho de Manciparlo.
- 5.- El Derecho de Consentir la Adopción de otra Persona.
- 6.- El Derecho de Administrar su Patrimonio.

Por lo que respecta a las sanciones, que se impusieron a los padres infractores, la ley sobre enseñanza primaria de 1888, impone las mismas a los padres que teniendo hijos cuyas edades varíen entre los seis y los trece años no cumplan con sus deberes de mantenimiento y educación, por lo que podemos señalar que el abandono moral o material del hijo en ciertos casos se sanciona en el Código Penal.

Por lo que respecta a las fuentes en este De--

recho francés de la patria potestad, al igual que en el Derecho Romano, las encontramos en el matrimonio, en la adopción y en la legitimación.

Por otro lado y refiriendonos a los efectos de la patria potestad, con relación a los bienes de los hijos, como ya se ha dicho anteriormente, el padre tiene derecho al usufructo legal sobre la generalidad de ellos pertenecientes al hijo, pero para que el padre pueda efectuar actos de dominio requiere de la autorización del Tribunal, como son los bienes adquiridos por el hijo con motivo de su trabajo, donaciones o legados que contengan la prohibición expresa del donador de excluir al padre del usufructo sobre tales bienes, aunque la legislación francesa concede al padre el Derecho de recibir el usufructo del hijo menor de dieciocho años, sin que este obligado a rendir cuentas, conforme a lo establecido por el artículo 384 del Código Napoleón.

Siguiendo con este orden de ideas, antes de concluir con este inciso, señalaremos tres causas por las que puede terminar el usufructo del padre, ya que consideramos que es uno de los aspectos que tienen mayor relevancia por lo que respecta a la patria potestad en el Derecho francés antiguo.

La primera de las causas será cuando el padre haya dado lugar a su divorcio, sea cual fuere la circunstancia o causa; la segunda se menciona de manera genérica diciendo que será cualquier motivo que prive a

la patria potestad y la tercera causa, por muerte del padre, esta circunstancia el usufructo pasa a la madre.

De lo anteriormente anotado podemos afirmar que existe una notoria brecha entre la legislación francesa y el Derecho Romano, aunque ambas llegan al mismo resultado, es decir, la protección y cuidado de los hijos, y aunque regulados de manera diferente ya que en el Derecho Romano en principio encontramos un poder establecido en beneficio de la persona quien la ejerce, mientras que en el Derecho Francés se impone al padre determinadas obligaciones que a su vez tiene reciprocidad por los derechos que se le conceden, y como lo señalamos anteriormente ambas legislaciones llegan a la misma conclusión, es decir, ambas crean normas tendientes al cuidado y protección de sus propios hijos.

Una vez que hemos analizado en términos generales la patria potestad en el Derecho Francés, pasaremos a la misma figura en el Derecho Español antiguo.

III.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO.

En este Derecho español antiguo desde el reino rigieron las leyes denominadas "Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio", y no obstante que en las mismas se encuentra muy marcada la influencia del Derecho Roma

no, al regularse en lo relativo a la patria potestad del padre sobre sus hijos con respecto a su persona y a sus bienes, no fueron tan crueles como en la legislación romana ya que el Derecho Español antiguo el padre ejerce - sobre sus hijos un poder meramente económico, sin que -- por ello llegara a ser dueño de los bienes de su hijo, - se le impuso la obligación de criar, alimentar, educar a los hijos, pudiendo castigarlos pero de manera mensurada encaminarlos y aconsejarlos al bien.

En el Derecho Español se consignaron restric--- ciones a la patria potestad limitando el número de perso-- nas que la ejercia, así como el tiempo de su ejercicio y duración; para una mejor comprensión de la forma que se - reglamentó la patria potestad en España, nos permitimos expresar el pensamiento del tratadista José Castán --- Tobeñas, que señala; "La familia ha perdido mucha de su antigua cohesión y el Estado, que cada vez se acentua o intensifica su acción sobre la sociedad y en el derecho - privado, no se detiene ante los umbrales de la familia. Especialmente en la esfera de las relaciones paterno fi-- liales se ha realizado una evolución. La patria potestad concedida y regulada en lo antiguo como un poder absoluto e ilimitado del padre, se considera hoy como una institu-- ción establecida en interés de los propios hijos y ligada a la existencia de la familia y la sociedad. El Estado - tiene sometida a su alta inspección y tutela la educación y los intereses de los menores, llega a privar del ejerci-- cio de su autoridad a aquellos padres que abusen de la - misma o no esten en condiciones de desempeñarla satisfac-- toriamente." (14)

(14) Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo III, Derecho de Familia 5a. Edición. Ed.Reus pag. 444

Sin entrar al fondo de la institución de la patria potestad en este Derecho Español, podemos decir, -- que la Ley Visigoda como el Fuero Real prohibieron la -- venta o donación de los hijos, así como darlos en prenda -- como lo mencionamos anteriormente, este Derecho Español se rige por las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, con -- sagrando dentro de la cuarta partida el castigo de mane -- ra mensurada, de esta manera en el Fuero de Aragón se -- considerará a la patria potestad como una institución de -- protección y beneficio para el hijo. Para la Ley de Toro la patria potestad termina cuando el hijo se ha independizado económicamente del padre, liberandose a la hija -- de la potestad paterna al contraer matrimonio.

Por lo que respecta a los bienes de los hijos el tratadista José María Manreza Navarro, en los Comentarios al Código Civil Español, señala: " Que el padre -- o en defecto de él la madre tienen la administración de los bienes de sus hijos que estén bajo su potestad, pero aquellos bienes adquiridos por el hijo no emancipado por su trabajo o cualquier otro título lucrativo, pertenecen en propiedad al hijo y el usufructo de ellos al padre ó a la madre, pero para el caso de que el hijo estuviere emancipado se le otorga sobre sus bienes el dominio, --- administración y el usufructo. " (15)

(15) Manreza Navarro, José María. Comentarios al Código Civil Español. Tomo II. pags. 38 y 41

De conformidad a lo anotado anteriormente podemos decir que el padre ejercía sobre sus hijos un dominio económico, sin ser dueño de los bienes de su hijo ya que sólo tenía la administración de los mismos e incluso defenderlos en juicio, otorgándosele el usufructo de ellos.

También podemos decir que dentro de los derechos otorgados a los padres era el de corregir y castigar mensuradamente a sus hijos, e incluso para cumplir con su obligación, podían solicitar el auxilio de las autoridades gubernamentales ya fuere en el interior de su hogar así como para la detención o retención en alguna institución que legalmente se encuentren autorizadas para recibirlos o bien solicitar la detención del hijo con el visto bueno del juez.

Como se ha señalado las facultades otorgadas a los padres para la corrección de sus hijos, de la misma manera tienen sanciones para el caso de no cumplir con sus deberes como el de la guarda y corrección, en atención a que se castiga el abandono no sólo material sino incluso el moral.

A).- FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Podemos señalar como fuentes de la patria potestad al igual que en el Derecho Francés, de acuerdo a lo establecido en las Siete Partidas de Alfonso el Sa-

bio, dentro de la cuarta partida y son las siguientes:

- 1.- El matrimonio.
- 2.- La adopción.
- 3.- La legitimación que puede ser consecuencia del matrimonio o bién por sentencia que -- declare la paternidad.

B).- PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Dentro de las causas que dan origen a la perdi da de la patria potestad encontramos las siguientes:

- 1.- Por la muerte de los padres o del hijo.
- 2.- Por la emancipación.
- 3.- Por la adpoción del hijo.
- 4.- Por la sentencia en causa criminal.
- 5.- En pleito de divorcio cuando así se declare.
- 6.- Cuando la madre pasa a segundas nupcias, a menos que el marido difunto haya dispuesto to, que esta contrajera nuevas nupcias.

Por otra parte los artículos 170 y 171 del pro pio Código, habla de la suspensión y perdida de la pa--- tria potestad, de tal manera que se suspende por ausencia o incapacidad del padre o de la madre; y se pierde - cuando el hijo es tratado con dureza excesiva o se le --

dan malos ejemplos, por lo que las causas señaladas anteriormente son enunciativas y no limitativas.

De lo anteriormente comentado, podemos señalar que la forma de regulación de la patria potestad, fué evolucionando, ya que en propios términos del Código Civil Español, los tribunales pueden privar o suspender, a los padres en el ejercicio de la patria potestad si tratasen a sus hijos con dureza excesiva, si les dieran consejos corruptos, es decir, en este Derecho Español se encuentra la propia moral de quienes tienen a su cargo el ejercicio de esa patria potestad, ya que incluso pueden ser privados del usufructo de los bienes de sus hijos, pudiendo tomar las medidas que estime convenientes para los intereses de los hijos.

Como podemos palpar, es el Derecho Español, no se permitieron los abusos en contra de la persona que se encontraba sujeta a esa potestad, sino más bién se otorgó gran importancia a los hijos por lo que incluso se --impusieron sanciones a los padres que abusaren de su facultad sobre sus hijos, este derecho nos muestra una ---gran diversidad con respecto al primitivo Derecho Romano y se concibe como una forma de protección y garantía para quién se encuentra sujeto a ella.

De lo anotado anteriormente concluimos el breve análisis de la institución de la patria potestad en el Derecho Español, y aunque no estudiamos exclusivamente su Derecho antiguo, consideramos que tocamos los puntos más relevantes de éste, por lo que enseguida pasare-

mos al estudio de la misma institución en nuestra legislación comenzando con el derecho Azteca.

IV.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO

A).- DERECHO AZTECA.

Entre el pueblo Azteca existió la familia no puramente natural, propia de su tribu sino más bien como una familia legalmente organizada constituyendose dentro de ésta su propia cultura y que era una de las actividades más importantes el cuidado y educación de los hijos, dicen los historiadores, George Vaillant en su obra plasma claramente los derechos y obligaciones de padres e hijos, por lo que diremos de manera concisa; que entre los aztecas desde el día en que nacía el niño, se decidía su destino ya que según sus creencias y sus mitos podían determinar el destino de éste. Si un niño nacía en un día considerado por los aztecas como fasto, (memorable) al cuarto día se hacia una fiesta y se le ponía nombre ofrendandose al Dios del fuego y para el caso de que este nacimiento fuera en un día nefasto se posponía la fiesta para el día siguiente. Con el propósito de -- iniciar al niño en las técnicas y obligaciones de la vida adulta, comenzaba su educación desde el destete al -- tercer año de vida, teniendo los padres la obligación de vigilar su educación de la siguiente manera: Hasta los seis años de edad los niños escuchaban consejos, aprendían el manejo de utencilios domésticos, hasta la edad de ocho años, el principal método de disciplina era la amonestación, después de esta edad podían ser castigados rigurosamente.

con azotes, punzamientos e incluso con pequeñas incisiones.

Ambos padres podían educar, dirigir a sus hijos y corregir tanto a los hijos varones como a las mujeres. No obstante que se han encontrado discursos dirigidos por los padres a sus hijos de uno u otro sexo, parece ser que en las medidas correctivas correspondía a la madre poner castigos a la hija y era el padre el encargado de sancionar el mal proceder del hijo varón.

Por lo que se refiere a la educación de los jóvenes entre los quince o dieciseis años de edad pasaban por un adiestramiento antes de llegar a ser considerados hombres con derechos plenos. Habían dos tipos de escuela el Calmecac para los señores príncipes y gente de tono, para el adiestramiento de los deberes sacerdotales, en cambio los hijos de los que no pertenecían a la nobleza iban al Telpulcalli o casa de jóvenes para la educación corriente. El Calmecac parece haber sido un complemento de la educación ordinaria impuesta por el desarrollo del rito, en tanto que en el Telpulcalli impartían instrucciones en edificios especiales en un modo sencillo los ancianos del clan. Otras escuelas preparaban a las jóvenes para ser sacerdotisas, quiénes también aprendían a tejer hábilmente. (16)

El autor Alfredo López Austin en su obra nos -

(16) Cfr. Vaillant C., George. La Civilización Azteca. - Versión Española de Samuel Vasconcelos. págs. 96---100

señala que; "Aún en la necesidad de sentencia judicial para entregar a sus hijos en esclavitud, y en determinados casos se les imponían la obligación de rescatarlos; estos casos eran aquellos en los que la entrega en esclavitud había obedecido a un estado de verdadera necesidad económica." (17)

También nos refiere el autor Manuel Moreno; "Entre los aztecas era una costumbre que el hijo varón heredara al padre en todos sus derechos. Es decir, la patria potestad, la minoría de edad, la herencia constituía situaciones jurídicas perfectamente determinadas." (18)

Por lo que respecta al matrimonio este revestía un carácter religioso y jurídico; sometido a solemnidades especiales que daban una fuerza mayor al acto o bien lo dotaban de sanción, la edad hábil para contraer matrimonio era para el varón de veinte años y para la mujer de dieciseis años, siendo los padres quienes disponían del consentimiento del joven y de la muchacha, a este respecto el autor Manuel Moreno nos comenta; "Entre las facultades de los padres hemos visto la de otorgar su consentimiento para la celebración del matrimonio; en caso de muerte del padre, su hermano podía ejercer los derechos de patria potestad, siempre y cuando se casara con la viuda, sin embargo, ignoramos si en ausencia de -

(17) López Austin, Alfredo. Constitución Real de México Tenoschtitlán. pág. 138

(18) Moreno, Manuel. La Organización Política y Social de los aztecas. pág. 74

este requisito los abuelos podían suplir a los faltantes. Los huérfanos no se ve que acudieran a ellos sino a cualquier pariente para que lo sustentara quien individualmente adquiría la tutoría de los menores." (19)

De lo asentado en relación con nuestro Derecho Azteca podemos deducir, el amplio concepto que se tenía en el antiguo Derecho Mexicano sobre los derechos de los padres, aunque no concebido como tal y como lo entendemos actualmente, ya que en este Derecho Azteca ambos padres ejercían la patria potestad sobre sus hijos aunque de manera dividida en virtud de que el padre se encargaba de la orientación de los varones correspondiendo a la madre la dirección de las hijas, debiendo decir que esa paternidad tenía sus límites en el matrimonio y con la demostración de la capacidad del hijo para el comercio.

B).- LA PATRIA POTESTAD EN LOS CODIGOS CIVILES DE 1870 y 1884.

En este inciso hablaremos de la patria potestad desde un punto de vista más formal en cuanto a que es regulado por nuestro Código Civil. El primer Código Civil fué proclamado siendo Presidente don Benito Juárez García, publicado el 13 de Diciembre de 1870, quedando derogada desde esta fecha toda legislación sobre esa materia.

El artículo del Código a que hacemos alusión, declarará que; Todos los hijos menores de edad no emancipados, estan bajo la patria potestad, mientras exista -- alguno de los ascendientes a quién corresponda ejercerla según la ley.

El artículo 392 nos dice; Que la patria potestad se ejerce por el padre, la madre, el abuelo paterno por la abuela paterna, por el abuelo paterno y por la abuela materna. sobre la persona y los bienes de los -- hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos.

Conforme al artículo 393 sólo por muerte, interdicción o ausencia del llamado preferente, entrará al ejercicio de la patria potestad el que siga en el -- orden establecido por la ley, disposición que era aplicable de igual manera en los casos de renuncia, esto es de acuerdo con el artículo 424 del mismo ordenamiento.

1.- LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN RELACION A LA PERSONA DE LOS HIJOS.

El artículo 394 estableció que en tanto que el hijo estuviera sujeto a la patria potestad no podía dejar la casa del que la ejerce, sin permiso de éste o de un decreto de alguna autoridad competente.

Este precepto se puede explicar por sí sólo, toda vez que teniendo el hijo a su lado, quién ejerce

la patria potestad puedé cuidar debidamente de él.

El artículo 395 ordenaba; al que tiene a su -- hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de -- educarlo convenientemente.

Esta norma confirma lo acentado en el sentido de que la patria potestad se desenvuelve en una serie de derechos y obligaciones para quiénes la ejercen, puesto que el Estado no sólo se conforma con obligar a quienes la ejercen a ministrar alimentos a sus hijos, sino a -- elevar su instrucción que es tan necesaria al desarrollo intelectual del menor como son los elementos materiales para el sustento del cuerpo.

Para el efecto de quién ejerce la patria po-- testad puede educar al menor, el artículo 396 previnó -- que tienen la facultadde corregir y castigar a sus hijos templadamente, en este sentido el artículo 397 dispuso - que; "El que este sujeto a patria potestad no puede com-- parecer a juicio, ni contraer obligación alguna sin ex-- preso consentimiento del que ejerce aquel derecho. Con - relación a los artículos 400 y 414, podemos señalar que quién ejercen la patria potestad será el legítimo re-- presentante del que esta sujeto a ésta, y para el caso - de que se tubieren intereses opuestos, el juez nombrará un tutor que represente al menor en juicio y fuera de -- éste.

2.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN RELACION A LOS BIENES DE LOS HIJOS.

En cuanto a los efectos de la patria potestad respecto a los bienes del hijo, el Código Civil de 1870 reguló los siguientes en sus artículos 401, 402 y 406.

a).- Bienes donados por el padre. b).- Bienes donados por la madre o por los abuelos. c).- Bienes debidos al don de la fortuna. d).- Bienes donados por parientes colaterales o extraños. Esta clase de bienes son manejados por el que ejerce la patria potestad al cual se le reconoce como administrador legal del menor, En la exposición de motivos del Código Civil de 1870, estableció: "En las cuatro primeras clases de administración es del padre; porque tratándose de menores no hay razón para privar de aquel del derecho que la ley le concede; -- más el puede ceder su ejercicio al hijo, cuando éste sea capaz de administrar los bienes. En cuanto al usufructo en la primera clase queda al arbitrio del padre señalar la parte que debe disfrutar el hijo, porque debe atender al origen de los bienes como a la utilidad del hijo. Si el padre no hace la desiganción, el hijo tendrá la mitad; puesto que es el dueño del capital que bajo cierto aspecto puede considerarse como girado en una sociedad.". --- e).- Bienes adquiridos por el trabajo honesto sea cual fuere, en este tipo de bienes la administración corresponde al hijo considerandose emancipado respecto de esos bienes, porque supone el legislador que quién sabe adquirir con su trabajo, ya es capaz de administrar.

Para proteger los intereses del menor, el legislador estableció que el padre no puede enajenar ni gravar los bienes que corresponden al hijo, la administración ni el usufructo, sólo podrá hacerlo por causa de absoluta necesidad, con autorización previa del juez competente. Con igual propósito el artículo 413, preceptuó que; "Los padres deben entregar a sus hijos, luego que estos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenezcan."

C).- CODIGO CIVIL DE 1884

Pasaremos al análisis de las disposiciones contenidas en el Código Civil de 1884, aunque son pocas realmente las diferencias que se pueden apreciar, con relación al Código anterior de 1870, el que nos ocupa en el presente estudio fué promulgado el 14 de Diciembre de 1883 entrando en vigor, el 1° de Junio de 1884, y al igual que en el anterior, lo relativo a la patria potestad es tratado en su título octavo y subdividido en tres capítulos.

Este Código reviste los mismos caracteres que el anterior, pués al referirse a la patria potestad, se puede apreciar la influencia al Código de 1870, de esta manera el artículo 363, nos repite la disposición contenida en el Código anterior, al señalar que; "Los hijos cualquiera que sea su estado, edad y condición deben honrar a sus padres y demás ascendientes". De igual manera los menores de edad estan bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes a quién corresponda aquella según la ley, en general todas las disposicio-

nes que se encuentran contenidas en el Capítulo I del título octavo del Código de 1884, son semejantes a las especificadas en el Código de 1870 por lo que creemos -- innecesario que se repitan en atención a que ya fueron desarrolladas en lo analizado anteriormente.

Por lo que hace a las diferencias existentes, - haremos mención al artículo 375 del Código Civil de 1884 que modifica al numeral 400 del ordenamiento del Código - de 1870, ya que en tanto aquel divide los bienes de los - hijos que se encuentren bajo la patria potestad en cinco clases, este lo hace dividiendolos en seis clases a sa---ber:

Artículo 375.- Los bienes del hijo, mientras es te bajo la patria potestad, se dividen en seis clases:

- 1.- Bienes que proceden de donación del padre -
- 2.- Bienes que proceden de herencia ó legado - del padre.
- 3.- Bienes que proceden de donación, herencia o legado de la madre o de los abuelos, aún - cuando aquella ó alguno de estos este ejerciendo la patria potestad.
- 4.- Bienes que proceden de donación, herencia o legado de los parientes colaterales o personas extrañas, aunque estos y los de la tercera clase le hayan donado en consideración al padre.
- 5.- Bienes debidos a don de la fortuna.
- 6.- Bienes que el hijo adquiere por su trabajo honesto sea cual fuere.

Como se puede apreciar sólo se agregó en este -

Código la segunda clase de bienes, y en cuanto a la tercera y cuarta clase, de la anterior enunciación solamente agregarón herencia y legado, en general la clasificación y división de los bienes queda igual sólo con los agregados e inovaciones que se han indicado.

Por lo que respecta a la administración y usufructo de los bienes, también existe una modificación ya que el Código de 1870 solamente disfrutaban del usufructo de los bienes del menor el padre, con relación a los bienes que se comprenden en la 2a., 3a., 4a. y 5a., clase de la división que se hace en este Código se amplía la consección y se modifica la redacción en el sentido de que la administración y la mitad del usufructo de los bienes de la segunda o la cuarta clase corresponderán a la persona que ejerza la patria potestad y no sólo al padre como se estableció en nuestra legislación anterior de 1870.

De lo anotado anteriormente con respecto a las diferencias, no encontramos otras de naturaleza substancial, por lo que damos por concluido el estudio del Código de 1884, que estuvo vigente hasta el año de 1917, fecha en que entro en vigor la Ley General de Relaciones Familiares, para referirse ésta únicamente a las relaciones familiares, siendo de plena y absoluta vigencia y observancia todas las demás disposiciones del Código Civil vigente.

V.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.

El proceso social económico de México después de la revolución de 1910, sufrió un gran cambio, al aca-

bar con los sistemas anticuados y de gobierno, Don Venustiano Carranza, Primer Jefe Constitucionalista, encargado del poder ejecutivo de la nación, tuvo a bien expedir a la caída de Don Porfirio Díaz. un ordenamiento que regula en forma especial, lo relativo al derecho de familia, que hasta esta época estuvo comprendida en el Código Civil.

La Ley sobre Relaciones Familiares, fué publicada en el Diario Oficial del día 9 de Abril de 1917, comenzando a regir a partir del 14 de abril del mismo año, esta Ley derogó entre otros al título octavo, capítulo I, II y III del Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1884, con la idea de organizar a la familia en los considerados formulados por la comisión redactora que expresó: "En cuanto a la patria potestad, no teniendo ya por objeto beneficiar al que la ejerce, y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, se ha creído conveniente establecer que se ejerza conjuntamente por el padre y por la madre, y en defecto de estos por -- abuelo y abuela, pues ningún motivo hay para excluir de ella a la mujer que, por razones naturales se ha sacrificado por el hijo más que el mismo padre y ordinariamente le tiene más cariño, y que así mismo, por lo que respecta a los bienes del hijo, se ha creído oportuno suprimir la clasificación establecida por el Código Civil, la cual no es sino reminiscencia de los peculios que establecía el Derecho Romano y no tenía más objeto que beneficiar al padre, por todo lo cual se ha creído conveniente establecer que los bienes del hijo sean administrados de acuerdo con los ascendientes que ejerzan la patria potestad, --- quién en cualquier caso disfrutará como remuneración por

sus trabajos, la mitad del usufructo de dichos bienes, mi tad que sea divisible entre ambos ascendientes."

Anotado lo anterior pasaremos a analizar los di-- versos preceptos, en los que se encuentra contenida la re gulación de la patria potestad en esta ley de la siguien te manera:

Capitulo XV.- De la patria potestad:

Artículo 238.- "Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

Podemos observar que este precepto, aún consagra al igual que los anteriores Códigos, la obligación de --- los hijos hacía los padres a quiénes les debe respeto y - obediencia.

Artículo 239.- "Los hijos menores de edad no --- emancipados, estan bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes a quiénes corresponda aque lla, según la ley."

En este aspecto se puede contemplar una de las -- causas de la terminación de la patria potestad como lo es la emancipación.

Por otra parte en el artículo 240 que señala la existencia de la igualdad en esta legislación entre los hijos naturales, adoptivos y lo l^ogítimos respecto de su persona y bienes.

Artículo 241.- "La patria potestad se ejerce:

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

Artículo 242.-"Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entran en el -- ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en el artículo anterior".

De los dos preceptos anotados anteriormente se puede desprender, que la patria potestad, se ejercerá de acuerdo al orden preestablecido en la propia legislación, ejerciendose conjuntamente por el padre y la madre o bien por los abuelos paternos y maternos, y para el caso de -- que faltare una de las dos personas indicadas, continuará ejerciendola el que quedare.

Artículo 243.- "Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad judicial competente."

Artículo 244.- "A los que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Los que tienen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente."

Artículo 245.- Las autoridades auxiliarán a los

padres en el ejercicio de éstas y las demás facultades -- que les concede la ley, de una manera prudente y moderada, siempre que sean requeridas para ello".

Artículo 426.- "El que esta sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del que ó de los que ejercen aquel derecho".

De todo lo asentado anteriormente consideramos forma parte de las bases generales de la patria potestad, por cuanto hace a la persona que la ejerce, y a la persona sobre la que se ejerce, siendo esta legislación el -- principal antecedente de la evolución de nuestro derecho familiar, ya que incluso la trascendencia de la misma se reflejan en nuestro Código Civil Vigente, en virtud de -- que algunas normas se plasman de igual manera o bien tienen el mismo sentido adaptandose poco a poco a nuestra -- propia evolución.

En cuanto a los efectos de la patria potestad - con relación a los bienes de los hijos, también se encuentra regulado por esta Ley en su capítulo XVI, del artículo 247 al 258, los cuales señalan:

Artículo 247.- "Los que ejercen la patria potestad son los legítimos representantes de los que estan, bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a la prescripción de la Ley".

De igual manera el artículo 248, establece; -

"Cuando la patria potestad se ejerce a la vez por el padre y la madre o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes será el padre ó el abuelo, pero consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración".

De los preceptos legales transcritos, se puede deducir que el padre sólo tiene que consultar a la madre, en los actos de administración de importancia, sin que se especifique cuales se consideran de importancia por lo que tendrá que acudir al tribunal que será quién decida, según las circunstancias.

En esta legislación se suprime la clasificación consignada en el Código Civil de 1884, respecto de los bienes del hijo, en atención a que el legislador consideró que esta clasificación era; "una reminencia de los peculios que establecía el Derecho Romano, y no tenía más objeto que veneficiar al padre", por lo que al transformarse nuestra legislación como un derecho protector en beneficio de los hijos esta clasificación fué inecesaria.

El artículo 252, previene "Los que ejercen la patria potestad, no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causas de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa autorización del juez competente"

En el precepto transcrito, se puede notar el sentido proteccionista del legislador, ya que anteriormen

te, sólo se regulaba con respecto a los bienes inmuebles, olvidandose de la propiedad mobiliaria, que en muchas ocasiones puede ser más valiosa que la inmobiliaria, como en el caso de las joyas preciosas.

Los artículos 257 y 258, también protegen los intereses del menor al ordenar; "Siempre que el juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad para enajenar un bien inmueble o mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para asegurar que el producto de la venta, se dedique al objeto al que se destina, y para que el resto se invierta adquiriendo un inmueble, o se imponga con segura hipoteca en favor del menor". (Artículo 257), "Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para asegurar los bienes del hijo, siempre que el que ejerce la patria potestad los administre mal derrochándolos o haciéndoles sufrir pérdidas de consideración, estas medidas se tomarán a instancia de la madre ó de la abuela, cuando fuere el padre o el abuelo el que administre, o del abuelo cuando fuere la madre la que estuviere administrando, o de los hermanos mayores del menor o de éste mismo cuando hubiere cumplido catorce años." (Artículo 258).

El capítulo XVII, de la propia ley habla de los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad:

Artículo 259.- "La patria potestad se acaba:

- I.- Por la muerte de quién la ejerce si no hay otra persona en quién recaiga.
- II.- Por la mayor edad del hijo.

III.- Por la emancipación en los términos del artículo 475."

Por otro lado los artículos 260 y 261 establecen dos casos en los que la patria potestad se pierde el primero de ellos es cuando quién la ejerce es condenado por una pena que importe la pérdida de ese Derecho, o bien para el caso de que traten con excesiva severidad a quiénes se encuentren sujetos a esa potestad, o bien los induce o impone preceptos o conductas inmorales, los tribunales podrán privar a quién ejerce esa potestad.

Consideramos que esta Ley Sobre Relaciones Familiares, viene a dar un enfoque y evolución a nuestra legislación en materia familiar, creando un concepto amplio sobre esta institución de la patria potestad, imponiendo derechos y obligaciones no sólo a quiénes se encuentran sujetos a ella sino también a quiénes la ejercen, e incluso imponiendo sanciones a aquellos que abusando de esta patria potestad concedida maltraten, o induzcan a quiénes se encuentran sometidos a ella.

Al analizar esta Ley Sobre Relaciones Familiares hemos concluido nuestro primer capítulo del presente trabajo, por lo que analizaremos, la patria potestad en nuestro Derecho Civil vigente dentro del siguiente capítulo, pero no sin antes señalar, que lo anotado anteriormente es sólo un aspecto general, de lo que es la patria potestad en sus diferentes épocas y legislaciones, en virtud de que existe una basta información por lo que al tema se refiere, pero no fué posible plasmarla ya que sería interminable por lo que se dió un enfoque general de la misma.

C A P I T U L O S E G U N D O .

GENERALIDADES DE LA PATRIA POTESTAD.

- I.- DEFINICION DE PATRIA POTESTAD.**
- II.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.**
- III.- LA EMANCIPACION.**

CAPITULO SEGUNDO.

GENERALIDADES DE LA PATRIA POTESTAD.

I.- DEFINICION DE PATRIA POTESTAD.

Iniciaremos nuestro estudio sobre la institución de la patria potestad, diciendo que se encuentra comprendida dentro del derecho de familia, y que es considerada en la actualidad como una institución jurídica de derecho privado con interés social, que trata de regular y coordinar las relaciones existentes entre padres e hijos, estableciendo derechos y obligaciones que deben exigirse en forma recíproca, siendo en esta parte donde notamos un sentido ético utilizado como apoyo para las relaciones paterno filiales que beneficia a la familia, e incluso dentro de un interés y un concepto más amplio podemos decir que la patria potestad no sólo trata de coordinar y regular las relaciones entre padres e hijos sino que éstas son dirigidas también entre ascendientes y descendientes, tomando como sustento las facultades así como obligaciones que se otorgan a los abuelos y de más ascendientes, incluso podemos señalar la intervención de la propia autoridad, como órgano representativo de la Sociedad.

Como ha quedado establecido en el capítulo que precede, las instituciones antiguas que dieron origen a la nueva concepción de la patria potestad, sin que en la actualidad sea considerada con el carácter

que revestía.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de la patria potestad, coincidiendo la mayoría de los tratadistas en que actualmente no debería llamarse "Patria Potestad", puesto que en nuestra legislación no se considera a ésta, como un poder o facultad absoluta dirigida al padre exclusivamente.

Diversos autores y tratadistas nos dicen que la denominación de patria potestad ha persistido en la legislación vigente, respondiendo sólo a la fuerza de la tradición, más que al propio concepto, por lo que el tratadista Rafael de Pina, al respecto comenta; "Más -- que un poder, es actualmente la patria potestad una verdadera función, en virtud de que en el transcurso de -- los tiempos ha evolucionado, perdiendo el carácter acusadoramente autoritario que tuvo en el derecho romano y germano, hasta convertirse en una institución destinada a la defensa de la persona y de los bienes menor a la -- que no es extraña la intervención del Estado."

"Esta intervención se asentúa cada día más, como una manifestación de interés público que se reconoce actualmente con absoluta unanimidad, por sociólogos y juristas, en la institución familiar." (1)

En nuestro concepto, podemos señalar categóricamente, que en la actualidad el derecho de familia tiene como propósito cada vez más estrechar entre los distintos miembros que la componen, regulando debidamente-

(1) Pina Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano Tomo I. Ed. Cardenas 1985. pag. 427

sus relaciones.

Enseguida pasaremos a exponer diversas definiciones sobre el concepto de patria potestad, con el propósito de encontrar la más acorde a nuestro parecer, -- desde luego apegandonos a lo preceptuado por nuestro -- Código Civil vigente, ya que el mismo no nos proporciona un concepto de ésta.

1.- JULIEN BONNECASE.- Este tratadista define a la patria potestad como; "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 a los hijos menores considerados tanto en su persona como en su patrimonio." (2)

La definición trascrita anteriormente, nos parece acertada, al comprender en ella, a los padres, --- abuelos e incluso a terceras personas, pero no contempla la emancipación, por lo que a nuestro punto de vista, no es la más adecuada por tanto pasaremos a analizar otras definiciones.

2.- RAFAEL DE PINA.- Para éste tratadista la patria potestad es; "El conjunto de facultades que suponen deberes conferidos a quienes ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria." (3)

(2) Bonnecase Julien. Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Ed. Cardenas 1985, pag. 427

(3) Pina Rafael de. Ob. cit., pag. 373

Esta definición podría servir como concepto de la institución que analizamos, pero se desprende de la misma, que carece de limitación en cuanto a la edad de los hijos sujetos a ella o emancipación de los que se encuentran sujetos a la misma.

3.- ANTONIO DE IBARROLA.- La patria potestad es "Una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la Sociedad." (4)

La definición que antecede no nos parece la más adecuada, en virtud de que no contempla a la madre y por consiguiente a los abuelos y demás que corresponden ejercerla, e incluso, no se detiene a analizar si se trata de menores de edad no emancipados, y a un más debiéndose referirse a los bienes que sean propiedad de los sujetos a patria potestad, por lo que consideramos pertinente señalar otras definiciones, a fin de encontrar la más adecuada a nuestro punto de vista.

4.- ROBERTO RUGGIERO.- Este autor define a la patria potestad de la siguiente manera; "Es una autoridad que implica derechos y obligaciones; es pues a un mismo tiempo una potestad y una manus, porque el poder que entraña sobre los sometidos a ella no esta exento de cargos, pudiendo decirse que aquel es atributo con vistas a éste." (5)

(4) Ibarrola Antonio de. Derecho de Familia 1981, pag. 415

(5) Ruggiero Roberto. Instituciones de Derecho Civil, Madrid 1931 pag. 415

Tomando en consideración la anterior definición podemos decir, que el poder de los padres se encuentra justificado ya que sólo mediante este podrán hacer posible la realización de sus obligaciones, que la paternidad impone con relación a sus hijos, cabe hacer incapie, en que esta definición no menciona quienes son los sujetos de esta relación, por lo que no nos parece la más acertada.

5.- AMBROSIO COLIN Y H. CAPITANT.- Para éstos autores la patria potestad es; "El conjunto de derechos que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos mientras estos son menores no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación a que están obligados." (6)

De las anteriores definiciones, esta nos parece la más acertada, pero no creemos que sea la más idónea para los efectos que nos proponemos, porque desde el punto de vista personal, omite señalar a los abuelos por lo que una vez analizados diversos conceptos de la patria potestad, podemos afirmar categóricamente, que en todos y cada uno de ellos existe un espíritu proteccionista para los que se encuentran sujetos a ella, en seguida trataremos de exponer una definición de lo que en nuestro muy particular concepto es la definición de la patria potestad.

(6) Colín Ambrosio y H. Capitant. Familia y Propiedad. Madrid. Ed. Reus 1942, pag. 18

5.- DEFINICION QUE SE PROPONE: "Es el conjunto de derechos y obligaciones que legalmente se reconoce a los padres y a falta de éstos a los abuelos paternos o maternos, respecto de la persona y bienes de los menores no emancipados."

II.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

Al equipararse la capacidad jurídica del hombre y la mujer, en el nuevo Código Civil de 1928, que empezó a regir en 1932, ésta no queda sometida ni restringida en el ejercicio de sus derechos, pudiendo decidir al igual que el marido lo concerniente a la educación de sus hijos, así como a la administración de sus bienes, por lo que en nuestro Código Civil Vigente, se puede apreciar en su Título Octavo, Capítulo I, que la patria potestad corresponde en principio a ambos padres de acuerdo con lo que establece el artículo 414, el cual textualmente establece:

- Artículo 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 abuela maternos."

Podemos apreciar en el precepto citado, que hace referencia a los hijos nacidos de matrimonio, --- excluyendo a los nacidos fuera de matrimonio, y por ser materia de nuestro estudio será analizado posteriormente.

te, volviendo al análisis de éste precepto apreciamos - que se conceden identicos derechos y obligaciones tanto al padre como a la madre, extendiendose éste derecho a los abuelos paternos y a los abuelos maternos.

Consideramos oportuno señalar que en principio y de hecho es el padre, quien ejerce ese conjunto de derechos y cumple con las obligaciones, respondiendo a la fuerza de la tradición y por naturaleza propia, se considera al padre como la cabeza de la familia, confiendosele la dirección y responsabilidad de los actos y decisiones entre padres e hijos, sin que ello menosca be, reduzca ó limite el derecho que legalmente se conce de a la madre para el ejercicio de la patria potestad, colaborando en el bienestar familiar así como para poder reemplazar la autoridad y dirección del padre, sin que ello implique que ejerza esta facultad delegación - en defecto del padre, más bien, creemos que debe ser entendida como complemento y sostén del varón ya que ambos, padre y madre deben asistirse y concurrir en el -- ejercicio de esta misión, en perfecta armonía en beneficio de sus hijos.

A este respecto el profesor IGNACIO GALINDO - GARFIAS, EXPRESA, "Aún cuando el ejercicio de la patria potestad se confiere a ambos progenitores, nuestra ley no establece una división de poderes y facultades que - deben ejercer separadamente cada uno de los progenitores, sino que las cargas, deberes y las facultades que imponga la patria potestad deben ser cumplidos conjunta

mente por el padre y por la madre, siempre mirando la educación y formación del hijo." (7)

En este orden de ideas y a fin de corroborar el principio de igualdad de derechos del hombre y de la mujer transcribiremos la parte conducente del precepto legal contemplado en nuestro Código Civil.

ARTICULO 149.- El hijo o la hija que no haya cumplido dieciocho años no puede contraer -- matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieren ambos o del que sobreviva. Este derecho lo tiene la madre aunque haya contraído segundas nupcias, si el - hijo vive con ella.

Por otra parte, con respecto al ejercicio de la patria potestad por parte de los abuelos, consideramos que es inadecuada la enunciación que hace el Código Civil, al señalar primeramente a los abuelos paternos, relevando a segundo término a los maternos, por lo que nos atrevemos a decir, que se debería emplear - el término de abuelos en forma genérica o bien haciendo la mención de abuelos paternos o abuelos maternos, los cuales serán sometidos a estudio y consideración - del legislador, porque debe prevalecer el bienestar de los hijos sujetos a patria potestad.

El artículo 418 del mismo ordenamiento señala a falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren -

(7) Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. Ed. Porrúa 1980, pag. 671

las tracciones II y III del artículo 414, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

De lo que se desprende que se dan amplias facultades al juez de lo familiar, para que éste tomando en cuenta, las circunstancias del caso, (entendiendo -- como circunstancias del caso, la situación económica y las cualidades morales) y atendiendo desde luego al --- bienestar del menor, decida cual de ellos entrará al -- ejercicio de la patria potestad.

Artículo 420.- "Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad, los que sigan en orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltara alguna de las dos personas a quien corresponda ejercer la patria potestad, la que quede continuará - en el ejercicio de este derecho."

Consideramos que en los dos preceptos transcritos y que anteceden, se concede por una parte plena facultad al Juez para determinar a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad, pero por otro lado, se le dice que debe seguir un orden establecido, es decir, en nuestro concepto, el juzgador primero deberá analizar y estudiar las condiciones de los abuelos paternos y maternos y determinar cuales son los aptos para desempeñar la patria potestad, y no hacer la diferencia de -

de que si los abuelos paternos son aptos para su desempeño y sino lo son, entrará al estudio de los abuelos - maternos, por lo que sostenemos, que se debería de hablar de "abuelos" en forma general, sin señalar que --- sean paternos o maternos, a quienes deberá someterse a un riguroso estudio socioeconómico psicológico y sobre todo moral, y del resultado de éste, el juzgador decide a quien de ellos corresponde el ejercicio de la patria potestad, debiendo suprimirse de igual manera lo que -- determina en su parte conducente el artículo 418 al señalar, ... "Ejercerán la patria potestad sobre el hijo - los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414."

Con respecto al ejercicio de la patria potestad, de los hijos nacidos extramatrimonialmente, lo analizaremos en el capítulo IV del presente estudio.

Por otra parte con respecto a los hijos adoptivos, nuestro Código Civil establece; que ejercerá la patria potestad únicamente la persona que lo adopte. -- Artículo 419, pero de igual manera, lo analizaremos con posterioridad, por lo que sólo se hace mención a ello.

III.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Por lo que respecta a los efectos de la patria potestad, se encuentran debidamente regulados por nuestro Código Civil, en el artículo 413 en su primera parte, el cual reza de la siguiente manera:

Artículo 413.- "La patria potestad se ejerce

sobre la persona y los bienes de los hijos."

De conformidad a lo anterior analizaremos los efectos de la patria potestad, siguiendo la pauta que nos marca el precepto citado, primeramente con respecto a la persona de los hijos, comprendiendo a aquellos que no son mayores de edad, ni menores emancipados, posteriormente se analizara con respecto a los bienes de los hijos.

A).- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD CON RELACION A LA PERSONA DE LOS HIJOS.

Al respecto, es bastante claro y preciso nuestro Código Civil, al determinar quienes se encuentran sujetos al ejercicio de la patria potestad para lo cual nos remitiremos al artículo 412, del ordenamiento legal citado, que a la letra dice: "Los hijos menores de edad no emancipados estan bajo la patria potestad mientras existe alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley."

Desde nuestro particular punto de vista, son dos supuestos los que la ley considera, se encuentran sujetos a patria potestad, los que pasaremos a enunciar en seguida:

- 1.- Que el hijo sea menor de edad.
- 2.- Que siendo menor de edad no se encuentra emancipado.

Por lo que consideramos que en el conjunto de relaciones existentes que prevalecen derivadas de la -- patria potestad, en nuestro Código Civil, pueden ser -- entendidas como un efecto o consecuencia de la patria - potestad, en virtud de que en nuestro concepto no se -- extinguen al cumplirse la mayoría de edad o por la eman- cipación, sino más bien consideramos que es entendido - como una consolidación de las relaciones familiares, al cual se le da un énfasis de tipo moral, ya que nuestra propia legislación en su artículo 411 establece; "Los - hijos cualquiera que sea su estado, edad y condición -- deben de honrar y respetar a sus padres y demás ascen- dientes."

De esta manera y como se desprende del propio precepto en comento, no sólo existe la obligación de -- los hijos hacia sus padres, sino también hacia los demás ascendientes, cuales quiera que sean, sin que para ello se coaccione de alguna manera a fín de que se de el debi- do cumplimiento a ello, por eso sostenemos que las nor- mas morales en nuestro sistema de derecho, en materia - de familia, van de la mano con las jurídicas, ya que - ésta se inclina hacia un aspecto social, en virtud de - que ambas tratan de llegar al mismo resultado ó propósi- to, al pretender lograr una perfecta armonía familiar y alcanzar un reflejo en la propia sociedad, es decir -- desde un punto de vista social, la patria potestad no - concluye al cumplir el hijo su mayoría de edad o al eman- ciparse, sino más bien esta prevalece por una tradición de sentimientos, que corresponden a los lazos de la --- sangre del ser humano, por lo que decimos que se conju-

ga sin que exista coacción alguna en nuestra legisla-
ción, en virtud de que ésta trata de perpetuar, esos ---
principios que son altamente valorados dentro de nuestra
sociedad.

La patria potestad ejercida sobre la persona -
de los hijos comprende derechos y deberes, pero más que
derechos, podemos considerar que existen más deberes co-
mo son: el de guarda, educación, representación, vigilan
cia, de asistencia, de corrección, los cuales están debi
damente regulados en nuestro Código Civil, de ésta mane-
ra dice el artículo 421.

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

Artículo 422.- "A las personas que tienen al -
hijo bajo su patria potestad incumbe la obliga
ción de educarlo convenientemente."

"Cuando llegue a conocimiento de los Consejos
Locales de Tutela que las personas de que se -
trata no cumplen esa obligación lo avisarán al
Ministerio Público para que promueva lo que co
responda."

Así mismo el artículo 423, establece; "Para --
los efectos del artículo anterior los que ejerzan la pa-
tria potestad o tengan hijos bajo su custodia tienen la
facultad de corregirlos y la obligación de observar una
conducta que sirva a éstos de buen ejemplo."

Las autoridades en caso necesario, auxiliaran a estas personas haciendo uso de amonestaciones, y --- correctivos que les presten el apoyo suficiente."

La autoridad de los padres sobre los hijos, - permite a quienes la ejercen prescribir reglas de conducta y sancionar su incumplimiento por medio del derecho, e incluso pueden utilizar la fuerza física, siempre y cuando al hacer uso de ella, lo hagan en forma -- moderada, por otra parte existen sanciones para los --- ascendientes que ejercen la patria potestad en caso de incumplimiento en atención a que se les concede la facultad de solicitar el auxilio de las autoridades, para hacer cumplir su autoridad paterna.

De igual manera podemos decir que la facultad atribuida a los que ejercen la patria potestad, debe -- ser siempre en interés de los hijos, por lo que se le - delega principalmente a los padres, por ser ellos a --- quienes atañe directamente su educación y formación, -- por el afecto que sienten hacia sus hijos, imponiendoles la responsabilidad de formación no sólo física sino también intelectual y moral, en atención a que el hijo habita con ellos teniendo la posibilidad de vigilarlos y encausar sus pasos.

Durante los primeros años de vida del menor, corresponden principalmente a la madre educar las aptitudes de sus hijos, así como la creación de una conciencia moral, en virtud de que es ella quien tiene una verdadera esfera de acción sobre su prole, por tener a sus

hijos en constante vigilancia, correspondiendo al padre representar a los hijos la idea de autoridad dentro de lo que constituye su familia en estricto sentido.

Por otra parte al hablar nuestro Código Civil, de que los padres tienen la facultad de corregir a sus hijos, no nos señala hasta que punto pueden llegar, sólo dice; "de manera mesurada", por lo que analizaremos al respecto el Comentario que sostiene el tratadista Marcel Planiol; "El cuidado de la educación de los hijos de la que están encargados los padres, necesariamente le concede sobre su persona un derecho de corrección muy extenso. Sin embargo, este derecho nunca ha sido definido, ni reglamentado de una manera muy precisa por el legislador." (8)

Con respecto al punto que nos ocupa, en nuestra legislación, se han establecido sanciones aplicables a quién haciendo uso de la facultad concedida, por la propia legislación, abusan de esa facultad, cierto es que no se ha delimitado claramente hasta que punto se puede hacer uso de la fuerza, así como también es cierto que quienes cometen abusos son severamente castigados, e incluso existen instituciones por parte del Estado que atienden este tipo de problemas, como la Procuraduría de la defensa del menor y la familia, así como el DIF, ahora bien, consideramos que ésta facultad no está debidamente limitada en virtud de que, son los propios padres

(8) Planiol Marcel y Jorge Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil, Vol. II, Familia y Matrimonio. Ed. - Cardenas 1984, pag. 265

en principio quienes ejercen la patria potestad, y por tanto son los más interesados en que sus descendientes se desarrollen dentro de un ambiente de armonía, y que son ellos mismos los más interesados en evitarles algún daño, por desgracia en la vida práctica, existen innumerables anomalías cometidas por los padres sobre la persona de sus hijos, y es por eso que creemos que nuestro propio Código Penal sanciona dichas anomalías, sanciones con las que se pretende prevenir de alguna manera esas descompensaciones existentes, el artículo 295 del Código Penal sobre este particular dispone:

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

Por lo que respecta al deber que tienen los padres de educar a sus hijos, también nuestra Constitución reglamenta ese precepto en su artículo 4º fracción VI al señalar; "La educación primaria será obligatoria."

De igual manera el artículo 308 del propio Código Civil en su parte segunda dice; "Respecto de los menores los alimentos comprenden los gastos necesarios para la educación primaria... y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales." Pero dentro de un aspecto práctico, debe entenderse en primer término, la educación moral que va dirigida al desarrollo de las --

aptitudes científicas, de trabajo de cualquier género o profesión, de tal manera que la obligación de proporcionar alimentos a los hijos por parte de los padres, es entendida y se justifica plenamente, en virtud de que el menor es incapaz de bastarse así mismo, por lo que se impone a los padres la obligación de proporcionarle alimento de conformidad a lo establecido por el precepto legal antes señalado en su parte primera mismo que a la letra dice; "Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad.", por lo que la falta de capacidad de los hijos durante su menor edad, determina que no es apto para bastarse por sí mismo, razón por la cual se ha encomendado en principio a los padres y después a los demás ascendientes esa misión.

B).- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD CON RELACION A LOS BIENES DE LOS HIJOS.

Por lo que concierne a la patria potestad sobre los bienes de los hijos, el cuerpo normativo que nos rige, tiene mucho cuidado al tratar sobre los bienes de los menores sujetos a patria potestad, fijando reglas de estricto cumplimiento con la finalidad de que no se menoscabe el patrimonio de éstos menores, por el abuso o negligencia de la autoridad y facultad que se le ha conferido legalmente al ascendiente.

Se debe distinguir respecto de los bienes de los menores incapacitados tres aspectos fundamentales; por cuanto a las limitaciones que se establezcan condi-

ciones sobre las que se deben regir los ascendientes -- que ejerzan la patria potestad, en lo referente a los bienes de los menores. Pueden realizar actos de administración, actos de dominio y usufructo, por lo que podemos afirmar, que la administración de dichos bienes pertenece al padre, la propiedad de los bienes a los hijos y el usufructo de esos bienes a ambos.

Al comenzar el desarrollo de este inciso, de conformidad con los propios lineamientos marcados en -- nuestro Código Civil, apreciamos los siguientes dispositivos;

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

En el precepto anteriormente transcrito, se -- otorga a los que ejercen la patria potestad, la representación de los sujetos a ella, al conferirseles la -- administración de los bienes que pertenecen a los hijos con las restricciones que el mismo ordenamiento señala.

Artículo 426.- "Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por adoptantes el administrador 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 im-

portantes de la administración."

Consideramos que éste precepto confirma el derecho de igualdad del que hablamos anteriormente, al no establecer diferencia ó señalar cual de los dos ascendientes, padre o madre debe ejercer la administración sobre los bienes del hijo, ya que muchas veces la madre puede tener más aptitudes para la administración de bienes, rompiendose con ello un tanto la tradición que pesaba sobre el padre, y en todo caso el legislador marca la pauta para que de común acuerdo y consultando siempre el uno con el otro, decidan de que o cuál forma administrarán los bienes de sus hijos.

Artículo 428.- "Los bienes del hijo mientras este en la patria potestad, se dividen en dos clases:

- I.- Bienes que adquiere por su trabajo;
- II.- Bienes que adquiere por cualquier otro título."

Por cuanto a los bienes que se señalan como los de la primera clase, debemos decir que no es necesario hacer anotación alguna, en virtud de que quienes ejercen la patria potestad, no tendrán ninguna intervención, pero cabe aclarar, que la propiedad, el usufructo y administración corresponde al hijo, por lo que respecta a los bienes de la segunda clase, creemos que se refieren a aquellos que son obtenidos por herencia, donación ó azares del destino y cuya propiedad es del hijo, correspondiéndole el cincuenta por ciento, del usufruc-

to de esos bienes al ascendiente que ejerce la patria potestad, así como su administración.

En cuanto a la administración, propiedad y usufructo, los artículos 429 y 430, regulan debidamente estos supuestos.

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

El usufructo que se concede a los padres sobre los bienes del hijo, ha sido muy refutado, en atención a que la patria potestad es conferida sobre los bienes del hijo, así como de su persona, por lo que ese ejercicio o función debería de ser gratuito, ya que resulta un tanto desagradable, pensar que la obligación que tienen los padres y que ellos mismos han elegido al realizar sus deberes de vigilar y educar a sus hijos así como administrar sus bienes, tenga una remuneración pecuniaria, para justificarlo se dice que este usufructo concedido a quienes ejercen la patria potestad tiene por objeto indemnizar a quienes la ejercen, de los gastos hechos en el sostenimiento, educación de los hijos, razones que consideramos fuera de toda justificación, ya que los padres al decidir serlo, se encuentran prepa

rados, con el deber de cumplir para con sus hijos sin -- que por ello esperen alguna gratificación o restitución, y en el último de los supuestos de todos modos deberán -- realizar esos gastos de sostenimiento, aún cuando sus -- hijos no tengan bienes.

Los tratadistas Marcel Planiol y G. Ripert, -- expresan sobre esta circunstancia; " El usufructo legal se puede justificar; 1º por una cierta indivisibilidad -- del preupuesto familiar, especie de comida ampliamente -- entendida, en la que caén en favor del sostenimiento de todos, asegurando a su costa por el jefe de familia los ingresos de los dos esposos y los hijos de sus hijos no independizados; 2º por la voluntad presunta de la persona de quien proviene la fortuna personal del hijo, y que podría, si lo hubiere preferido, descartar por disposi- -- ción especial del usufructo legal de los padres, estas -- razones parecen particularmente determinadas en el caso más frecuente del usufructo legal, que es aquel en que -- uno de los padres ha muerto y transmite sus bienes a sus hijos por herencia dejando implícitamente al supervivien- -- te los recursos necesarios para continuar su vida ante- -- rior." (9)

Como ya se ha dicho el usufructo que se concede a quienes ejercen la patria potestad se justifica en cuanto a que se considera, como una ayuda para el mejor cumplimiento del deber que tiene de asistir, cuidar y -- educar a los menores.

(9) Planiol Marcel y Ripert G. . Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Ed. Cardenas, pag. 364

En los artículos 431 y 432, se establece que los padres pueden renunciar a su derecho que tienen sobre el cincuenta por ciento del usufructo que tienen sobre los bienes propiedad de sus hijos, considerandose ésta como donación, debiendo ser por escrito esa renuncia, o de modo que no se deje lugar a dudas.

Artículo 433.- "Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste y en ningún caso serán, frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad."

Artículo 434.- "El usufructo de los bienes con cedidos a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el Capítulo II del título VI, y además las impuestas a los usufructuarios, con la excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

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

Artículo 435.- "Cuanto por la ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con las restricciones que establece la ley, para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces."

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

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industrias, títulos, rentas, acciones, frutos, y ganado por menor valor del que cotiche en la plaza el día de la venta; hacer donaciones de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de estos; ni dar fianza en representación de los hijos."

De los artículos anotados anteriormente, podemos decir, que nuestro legislador trata de proteger debidamente al menor, primeramente al señalar que tendrá la obligación de otorgar alimentos, y así mismo previene una mala administración de quienes ejercen la patria potestad, restringiendolos, sobre la disposición que -- puedieren tener de los bienes de los hijos, al señalar que para que pudiere efectuar actos de enajenación ó -

El artículo 438, de nuestro Código Civil, establece; "El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue;

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

II.- Por la pérdida de la patria potestad;

III.- Por renuncia."

Con el precepto que antecede la parte relativa a los bienes de los menores sujetas a patria potestad en donde se puede apreciar, que aún siendo menor de edad en algunas ocasiones se considera apto al hijo para la administración de sus bienes, aunque con sus respectivas restricciones, que señala la propia legislación.

De lo que podemos deducir, que cuando la persona ha llegado a su mayor edad, ha alcanzado el pleno desarrollo de sus facultades y su plena capacidad para conducirse por sí mismo, sin que requiera del consentimiento de sus ascendientes, para la realización de cualquier acto de administración sobre sus bienes, como la enajenación o gravámen de dichos bienes.

Por lo que respecta al hijo emancipado, también se le considera apto para la administración de sus bienes, concediéndosele la propiedad y el usufructo de los bienes pertenecientes al él, pudiendo disponer libremente sobre sus bienes, y es considerado como suje-

to con plena capacidad para obligarse y contratar, esto sin olvidar que se encuentran límitados para la enajenación, gravámen o hipoteca de bienes raíces.

C).- TERMINACION, PERDIDA, SUSPENSION Y EXCUSA
DEL EJERCICIO, DE LA PATRIA POTESTAD.

Una vez que hemos analizado la patria potestad de acuerdo a los líneamientos que nos marca nuestro Código Civil Vigente, en sus diferentes etapas que la componen, nos avocaremos en este inciso al estudio, de la forma de suspenderse, acabar, terminar, perder o excusarse de la patria potestad, debiendo entender dentro de estos cuatro conceptos ligados o entrelazados, pero totalmente distintos por lo que anotaremos de manera breve, cada uno de los conceptos señalados anteriormente.

El profesor Rafael de Pina, expresa al respecto; "La legislación civil distingue entre los términos; acabar, perder y suspender en relación con la patria potestad."

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

do a pena que lleva consigo la suspensión." (10)

De conformidad a lo anotado anteriormente podemos decir, que la patria potestad se extingue o acaba -- cuando por razones naturales carece de razón de ser, se pierde cuando de manera definitiva se deja de conocer o quien la ejerce, se suspende cuando de una manera temporal se priva a quién la ejerce, señalando nuestra legislación los casos concretos de cada una de las causas que dan origen a la pérdida, suspensión o acaba, las cuales analizaremos de acuerdo a los lineamientos marcados por nuestro Código Civil.

Artículo 443.- "La patria potestad se acaba;

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

II.- Con la emancipación derivada del matrimonio.

III.- Por la mayor edad del hijo."

Nos parece acertada la enunciación que se efectúa en nuestro ordenamiento legal, en virtud de que se puede considerar a la patria potestad como una consecuencia de la paternidad, y por consiguiente al fallecer a quien correspondía su ejercicio y no haber quien, le reemplace, queda extinguida esa potestad y para el caso de que hubiere en quienes recaiga su ejercicio, se deberá estar a lo establecido en el artículo 418 del Código Civil, por otro lado al señalar como causa de extinción la emancipación y la mayor edad, es en atención a que se considera apto al hijo de cuidar de su propia persona,

Piña Rafael de. Elementos de Derecho Civil, Ed. Porrúa, volumen I, pag. 381.

y aún más para atender sus propios intereses.

Por lo que respecta a la pérdida de la patria potestad el artículo 444, señala; "La patria potestad se pierde;

- I.- Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado por dos ó más veces por delitos graves;
- II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;
- III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando estos 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."

La fracción primera del artículo transcrito no necesita de explicación alguna, ya que quién ejerce la patria potestad puede ser condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, como consecuencia de una conducta antisocial, e incluso al hacerse acreedor a una sanción penal con privación de la libertad, encontrando se imposibilitado de hecho y moralmente para el ejerci-

cio de la patria potestad, máxime si el delito cometido es el de corrupción de menores.

La fracción segunda, establece que se deberá tomar en consideración el artículo 283, concediendo este artículo facultades plenas al juez, para que determine la situación de los hijos, sobre los derechos que les concierne para el ejercicio de la patria potestad, y para el caso de que el juez creyere conveniente, que los menores quedaran bajo la patria potestad, de las personas a quien corresponde ejercerla, de conformidad a lo establecido en el propio Código, es decir, podrá mandar llamar para el ejercicio de ésta, a los demás ascendientes que correspondan conforme, a lo señalado por nuestro Código Civil.

Por lo que se refiere a la fracción tercera y demás subsecuentes, podemos señalar en forma genérica que existen delitos de tal manera graves, que afectan la moralidad o el buen nombre de la familia, agravándose más esta situación si quién comete el delito, es la persona que ejerce la patria potestad, nuestro legislador la considera indigna de ejercer esa potestad, de igual manera cuando los padres tienen en completo abandono a sus hijos, sin que les provea de medios indispensables para el logro de su subsistencia, cuanto más que no demuestran interés alguno sobre su educación y cuidados, ya que es menester y obligación de los padres, velar por la persona de sus hijos, así como de sus bienes hasta en tanto ellos puedan bastarse por sí mismos.

Por otra parte, cabe aclarar, que nuestra pro

pia legislación señala, que el padre o la madre, o bien ambos, que pierden la patria potestad, quedarán sujetos a todas las obligaciones inherentes a su paternidad para con sus hijos.

En este mismo orden de ideal, el artículo 447 señala que; "La patria potestad se suspende;

I.- Por incapacidad declarada judicialmente;

II.- Por la ausencia declarada en forma;

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

Como podemos observar, para que la patria potestad se suspenda debe ser declarada previamente esta suspensión, por motivo de incapacidad, la ausencia, o en su caso la condena a la suspensión, de las autoridades a quienes corresponda declararla o pronunciarla. Ahora bien en esta circunstancia podríamos hablar de condiciones suspensivas, ya que una vez que la causa originadora de la suspensión desaparece, las cosas volverán al estado en que encontraban, es decir, al recuperar la -- capacidad la persona que ejercía la patria potestad, -- automáticamente, recuperará esa facultad, de igual manera sucederá en las otras situaciones que se señalan.

Por cuanto toca al último punto que se señala en el presente inciso, y que se refiere a la excusa del ejercicio de la patria potestad, nuestra legislación --

contempla dos situaciones, que señala el artículo 448 -- del Código Civil, el cual a la letra establece;

"La patria potestad no es renunciabile; pero -- aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos.

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

Es entendible las situaciones que prevee nuestro Código Civil, para la excusa al ejercicio de la patria potestad, en virtud de que al tratarse de una persona enferma, físicamente resulta imposible que pudiere hacerse cargo de un menor o incapaz mayor de edad, o bien para el caso de que corresponda ejercerla a una persona de edad avanzada, de igual manera no le es posible su -- cumplimiento, por lo que creemos que es acertada la apreciación que realiza el legislador, ya que en ambos supuestos se trata de personas que se ven impedidas para el debido cumplimiento, con las facultades y obligaciones que se confieren a quienes ejercen la patria potestad, en atención a que ellas mismas requieren de cuidados, y por tanto tales personas se encontrarán imposibilitadas para hacerse cargo de un menor.

IV.- LA EMANCIPACION.

En este inciso analizaremos brevemente, la figura de la emancipación por considerar que es de importancia ya que es una de las formas por las cuales el menor incapacitado sale de la potestad de sus ascendientes.

El Profesor Ignacio Galindo Garfias en su obra Derecho Civil expresa sobre la emancipación, que los antecedentes de la misma se encuentran en Roma, a través de la "venia aetatis", haciendo salir a un menor de edad. Pero el antecedente directo lo recoge nuestra legislación de los lineamientos del Código Civil Francés, estableciéndose la emancipación en nuestros Códigos Civiles de 1970 y 1874, estableciendo dos sistemas de emancipación, la primera por voluntad de quienes ejercen la patria potestad, dentro de esta emancipación voluntaria otorgaba la posibilidad de que el menor pudiera ser habilitado de edad para administrar bienes a solicitud del propio menor, y la segunda forma de emancipación era a través del matrimonio. Continúa diciendo este autor que en el Código Civil de 1928 para el Distrito Federal, establecía originalmente los preceptos de emancipación tácita y emancipación expresa, esta última podía ser por declaración de los que ejercen la patria potestad o del tutor y en una segunda instancia a solicitud del menor si ha cumplido dieciocho años, y si prueba ante el juez competente su buena conducta así como sus aptitudes para la administración de bienes, este sistema de regulación tuvo vigencia hasta 1969 en la que se reformaron y derogaron los preceptos que establecían la emancipación expresa en sus dos formas. (11)

(11) CFR. Galindo Garfias, Ignacio. Ob. cit. pags. 395 a 397

De lo anteriormente anotado podemos señalar - que hasta antes del 31 de Diciembre de 1969, se establecieron dos formas de emancipación:

- 1.- Emancipación tácita que se otorgaba al me nor al contraer matrimonio.
- 2.- Emancipación expresa por declaración de - sus ascendientes cuando el menor probaba su capacidad para administrar bienes, o - bién por la solicitud del menor ante el - juez si había cumplido dieciocho años de edad, probaba su buena conducta y su apti tud para administrar bienes.

A).- DEFINICION DE EMANCIPACION.

El autor Juan Antonio González define la eman cipación de la siguiente manera; "Es la facultad otorga- da por la ley al menor de dieciocho años que haya con--- traido matrimonio, para gobernarse por sí mismo y admi- nistrar libremente sus bienes, con las limitaciones que la propia ley establece." (12)

El profesor Ignacio Galindo Garfias expresa de la emancipación lo siguiente: "En virtud de la emancipación el menor de edad sale de la patria potestad o de la tute la a que se hallaba sujeto, disponiendo así libremente - de su persona y adquiriendo sus bienes, con las restric- ciones de que después se hablará." (13)

(12) González; Juan Antonio. Ob. cit. pag. 81

(13) Galindo Garfias Ignacio. Ob. cit. pag. 394

Definición que se Propone:

" La emancipación es la forma en que una persona menor de edad, adquiere capacidad de ejercicio de manera limitada, como consecuencia de su matrimonio, trayendo aparejado el desprendimiento de la patria potestad y por la cual el menor no vuelve a quedar sujeto a ella!"

La profesora Sara Montero Duhalt, señala sobre la emancipación lo siguiente; " La emancipación por matrimonio significa que el menor de edad que se casa, sale de la patria potestad. Si su matrimonio se extingue persistiendo la minoría de edad del cónyuge, no regresará a la patria potestad, sino que se le considera emancipado." (14)

De lo anteriormente anotado podemos decir que en nuestro sistema de Derecho actual, sólo se contempla la emancipación tácita, es decir, por matrimonio del menor de edad, adquiriendo por ese hecho capacidad jurídica limitada, para conducirse por sí mismo, interviniendo de manera directa y activa.

Por otra parte al hablar de la capacidad que adquiere el menor, tendrá la misma pero de manera limitada, de conformidad a lo que nuestra propia legislación - señala, ya que se le confiere capacidad de ejercicio pero para el caso de gravámen o hipoteca de bienes raíces debe obtener autorización judicial.

Sobre este particular, se regula debidamente en el artículo 643, que establece:

(14) Montero Duhalt, Sara. Ob. cit. pag. 354.

Artículo 643.- "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad;

I.- De la autorización judicial para la enajenación, gravámen o hipoteca de bienes raíces;

II.- De un tutor para negocios judiciales."

Es decir el menor de edad por el simple hecho de contraer matrimonio, no sólo se libera de la potestad de sus ascendientes, sino que también se le otorga la facultad de administrar sus bienes, con la restricción que se ha anotado antes.

Con la breve remembranza que se expone sobre la emancipación damos por concluido el estudio y análisis de este segundo capítulo por lo que enseguida estudiaremos el tercer capítulo de nuestro trabajo.

C A P I T U L O T E R C E R O .

BREVE ANALISIS COMPARTIVO DE LAS
INSTITUCIONES DE TUTELA, ADOPCION,
CUSTODIA Y PATRIA POTESTAD.

I.- TUTELA. LEGITIMA, TESTAMENTARIA
DATIVA. II.- LA ADOPCION. III.- LA -
CUSTODIA. IV. COMPARACION Y DISTIN-
CION DE LAS ANTERIORES INSTITUCIONES.

CAPITULO TERCERO.

BREVE ANALISIS COMPARATIVO, DE LAS INSTITU
CIONES DE TUTELA, ADOPCION, CUSTODIA Y ---
PATRIA POTESTAD.

I.- TUTELA.

Podemos encontrar los origenes de la tutela al igual que en la patria potestad, en el Derecho Romano, - la palabra tutela proviene del vocablo "tueri", que ---- quiere decir proteger, y tutor que en el Derecho Romano expresaba, la persona que protegía, era el poder de éste sobre el pupilo o "pupus", que quiere decir niño, de -- esta manera podemos ver que en la actualidad, para ser - constituida formalmente la tutela, debe de ser declarada cuestión que se tratara más adelante dentro de este capi- tulo, por lo que primeramente pasaremos a definir lo --- que es la tutela.

A).- DEFINICION DE TUTELA.

Al igual que en la patria potestad, nuestro -- Código Civil, no proporciona concepto alguno de lo que - debe entenderse por tutela, ni mucho menos nos da una de- finición, sólo establece que es una obligación de la que nadie puede eximirse, por lo que consideramos pertinente señalar algunas definiciones sobre este particular.

La profesora Sara Montero Duahlt, la define de la siguiente manera; " Es la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad, y de los menores de edad no sujetos a patria potestad." (1)

Para el Tratadista Rafael de Pina, la tutela es; "Una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cuál se provee a la representación, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derecho por sí mismos, para regir, en fín, su actividad jurídica." (2)

De igual manera el profesor Ignacio Galindo -- Garfías la define diciendo; " La palabra tutela procede del verbo latino tueor que quiere decir defender, proteger. Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligarorio." (3)

De las definiciones anotadas anteriormente podemos señalar, tiene su existencia, como institución para suplir o sustituir a la patria potestad, ya que tiene como primordial función el cuidado y protección de los incapaces, llevando a cabo la representación y asistencia de estos incapaces. Por lo que respecta a las de-

- (1) Montero Duhalt Sara. Derecho de Familia. Ed. Porrúa -- 1987, pag. 359
- (2) Pina Rafael de. Elementos de Derecho Civil. Tomo I, Ed. Cardenas, 1985. pag. 383 y 384
- (3) Galindo Garfías Ignacio. Derecho Civil. Ed. porrúa -- 1980. pag. 689

finiciones que señalamos todos coinciden, al establecer que la tutela es una institución creada para la representación y asistencia de los incapaces, por lo que nos atrevemos a proporcionar la definición de tutela, de acuerdo a los lineamientos marcados por nuestro Código Civil.

" Es la institución de carácter público, cuyo objeto primordial será la asistencia y representación de las personas incapaces, ya sea por incapacidad legal o natural, o bién sólo la primera, así como de la administración de los bienes de dichos incapaces, que no se encuentran sujetos a patria potestad."

B).- DIVERSOS TIPOS DE TUTELA.

Nuestra legislación reglamenta diversas clases de tutela mismas que en seguida analizaremos:

1.- TUTELA TESTAMENTARIA.

La tutela testamentaria, es aquella que se designa por testamento, tal y como su propia denominación lo indica, la cual se encuentra contemplada en nuestro Código Civil, definiéndola el artículo 479, que a la letra señala:

" El ascendiente que sobreviva a los dos que en cada grado debe ejercer la patria potestad, conforme a lo dispuesto en el artículo 414, tiene derecho, aunque fuera menor de nombrar tutor en su testamento o ---

aquellos sobre quienes lo ejerza, con inclusión del hijo postumo."

Del artículo anotado se desprende, que la tutela testamentaria, excluye a los demás ascendientes, a quiénes correspondería su ejercicio de conformidad a lo establecido por nuestra propia legislación, es decir, - el tutor testamentario es designado por el último ascendiente que se encuentra en ejercicio de la patria potestad, excluyéndose por ende al ulterior ascendiente, a - quién hubiere correspondido hacerse cargo del menor, de igual manera nuestra legislación contempla el caso , en que ambos padres nombren un tutor testamentario, y alguno de los dos fallece, estableciendo que en este supuesto no se excluire al padre ó la madre que sobreviva sino que se tendra por no nombrado al tutor que se hubiere designado, de igual manera se faculta al padre o a la madre para nombrar tutor testamentario para el supuesto de un hijo sujeto a interdicción, cuando alguno de los dos ha fallecido o se encuentra impedido para ejercerla.

Por otra parte debemos decir, que dentro de este tipo de tutela, se fijo un caso de tutor testamentario para la administración de los bienes del menor, o del incapacitado, que se encuentra sujeto a patria potestad, a este respecto consideramos oportuno señalar, - que no se trata de tutela en estricto sentido, sino más bién de un mandato testamentario, en virtud de que una de las características primordiales de la tutela, es la asistencia de los incapaces, es decir, salvaguardar la integridad de los menores o incapacitados para sobrevi-

vir por sí mismos, ya que incluso existen instituciones de beneficencia pública, que prestan auxilio a los menores incapacitados, en el caso de que no exista persona alguna en quien recayera esta tutela, pasando por ende a segundo término la guarda o administración de los bienes del menor, otorgándose mayor importancia a la persona del incapacitado.

Este tipo de tutela se da para los menores de edad, y cuando sea expresamente conferida, para el supuesto de que se tratase de un incapacitado por naturaleza, es requisito indispensable que previamente exista la declaración judicial de dicha incapacidad.

Una vez que hemos analizado de manera concisa la tutela testamentaria, pasaremos a analizar lo concerniente a la tutela legítima, de acuerdo a los lineamientos marcados por nuestro Código Civil.

2.- TUTELA LEGITIMA.

Tiene lugar cuando no hay tutela testamentaria. En este tipo de tutela para incapacitados mayores de edad que tiene familia en quien recaiga, tutela para expositos o abandonados, y tutela para los menores que tienen ascendientes en quién recaiga y pueden cumplirla.

La tutela legítima tiene lugar cuando se trata de menores o incapacitados, y no existe persona alguna quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario, o bien para el caso de que se deba nombrar por cau

sa de divorcio.

Nuestro Código Civil, no proporciona una definición sobre lo que debemos entender por tutela legítima, sin embargo establece expresamente en su artículo 482; "Ha lugar a tutela legítima.

I.- Cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario.

II.- Cuando deba nombrarse tutor en caso de divorcio.

De esta manera el propio ordenamiento dispone en su artículo 483, la clasificación sobre las personas que deberán ejercer la tutela, señalando que corresponde primeramente ejercerla a los hermanos, mayores de edad, siendo preferidos los que lo sean por ambas líneas entrandoposteriormente los padres y por último los demás ascendientes colaterales hasta el cuarto grado. Al establecer el legislador esta clasificación, lo hace pensando en el bienestar de la persona que se encuentra sujeta a ella, y quién mejor para ejercerla que los propios hermanos, padres e incluso los parientes.

Como lo hemos señalado anteriormente nuestro Código Civil, regula de manera especial este tipo de tutela, al establecer quien ejerce la tutela legítima cuando se trata de dementes, idiotas, sordomudos, ebrios, y los que habitualmente hacen uso de las drogas y enervantes, tutela legítima de menores, y la tutela legítima de los menores abandonados, por lo que tratare

mos de dar un panorama global de esta tutela.

Como ya lo hemos señalado antes la tutela legítima de los menores corresponde primeramente a los -- hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas y a falta de estos a los demás parientes colaterales -- dentro del cuarto grado, y si hubiere varios, corresponderá al juez designar al que considere más apto. Por lo que respecta a los incapaces mayores de edad corresponde el ejercicio de la tutela a la mujer cuando el incapaz sea su marido o viceversa, de igual manera y pasan a suplir a su padre o madre los hijos mayores de edad -- respecto del padre o madre viudos, nuestro legislador -- establece que para el caso de que fueran varios en esta situación, se preferira al hijo que viva al lado de sus padres, así mismo corresponde al padre ó a la madre respecto de sus hijos solteros o viudos, y para el caso -- que estos tuvieran hijos se pondran de acuerdo quien la ejercera.

Consideramos adecuada la regulación y divi---sión de la tutela legítima descrita en párrafos anteriores creemos que nuestro legislador atendiendo a la propia naturaleza de la tutela, considero que aún un pa---riente cercano al menor o al incapaz, sea el más indicado para hacerse cargo de éstos.

Dentro de la tutela legítima como ya lo hemos señalado anteriormente, se regula de igual manera la tutela legítima de los menores abandonados, y establece -- que ejercera la tutela de estos expositos, la persona -- que lo haya acogido, quién tiene obligaciones y faculta

des así como restricciones, lo que se señalan para los demás tutores, es decir, para el caso de que se tratara de alguna beneficencia pública quién acoge al menor, -- deberá de sujetarse al reglamento de esa institución, -- una característica primordial y que lo diferencia de -- las dos anteriores, es que en esta tutela legítima para menores abandonados ó expositos, no necesita previamente efectuar el discernimiento del cargo, ejerciendo la tutela la persona o institución que lo haya acogido.

A nuestro particular punto de vista, esta forma de regulación de la tutela legítima para los menores abandonados, es en atención a que existe la obligación -- para quién acoge a un menor abandonado o exposito de -- igual manera que para cualquier otro tutor, ya que sino fuera de esta manera, el menor se encontraría desprotegido porque no existiría una definición de su situación y no sólo por lo que se refiere a su situación jurídica -- sino incluso social.

Cabe señalar que el análisis sobre la regulación de la tutela legítima, es atendiendo a que nuestro propio legislador considera regularla de manera específica, para tratar de prever cualquier situación que se -- pudiera presentar, ya que la obligación que se impone -- al esposo o esposa, deriva del propio matrimonio, ya -- que dentro de él existe la obligación de los cónyuges -- de auxiliarse y socorrerse mutuamente, cuando más en la situación de que alguno de los cónyuges ha sido declarado en estado de interdicción, ya que incluso los artículos 581 y 582, establecen la obligación que tiene el -- cónyuge de solicitar la aprobación del juez, con audien-

cia del curador, en los casos que se requiera la autorización del marido, será el juez quién la otorge en su lugar.

Por lo que respecta a la tutela de los hijos sobre sus padres incapaces, se establece que se elige al hijo que se encuentra al lado de sus padres, refiriéndose siempre a los mayores de edad, y para el caso de que fueren varios los aptos al juez designará al que mejor le pareciere, es decir al más apto.

Por otra parte se establece que los padres -- ejerceran por derecho, la tutela de sus hijos, cuando no tuviere en quien recayera, existiendo primeramente la obligación de los hijos para ejercer la tutela de -- sus padres, y en caso de que no los haya, será a cargo de los padres ascendientes del incapaz e incluso de los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

De igual manera el legislador contempló la situación del incapacitado cuando tenga hijos, e impone la obligación al tutor del incapacitado, para que ejerza la tutela de los hijos menores de edad de este, dejando en consecuencia bajo una misma tutela tanto al padre como a los hijos incapaces.

De todo lo anteriormente señalado, podemos decir que este tipo de tutela, viene a suplir o subsanar a la tutela testamentaria, al no existir ésta, por lo que se le da tres aspectos diferentes para quien la -- ejerce tratando de proteger tanto a los menores como a los incapacitados.

3.- TUTELA DATIVA.

El artículo 495 establece, "La tutela dativa tiene lugar:

- I.- Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien, conforme a la ley, corresponda la tutela legítima:
- II.- Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483.

Al respecto el profesor Rafael Rojina Villegas nos dice; " Hay tutela dativa cuando no hay tutor testamentario ni legítimo, o cuando el tutor testamentario esté temporalmente impedido para ejercer su cargo y no hay pariente colateral dentro del cuarto grado." (4)

Como ha quedado establecida la tutela dativa tiene su origen siempre que no haya tutor testamentario o legítimo, o por simple impedimento del tutor testamentario y no existe ningún pariente hasta el cuarto grado en línea colateral.

Los artículos 496 y 497, que el tutor dativo puede ser designado por el menor si ha cumplido dieciséis años, pudiendo el juez de lo familiar oponerse a designación o bien en su caso aprobarla oyendo el pare-

(4) Rojina Villegas, Fafael. Derecho Civil Mexicano Tomo II. Derecho de Familia. pag. 131

cer del Consejo Local de Tutelas, pero en el supuesto de que el juez repruebe la designación efectuada por el menor, corresponderá a él efectuar el nombramiento de tutor, y en el supuesto de que el menor no hubiere cumplido dieciseis años, el nombramiento lo hará el juez de lo familiar, pudiendo ejercer la tutela, las personas que figuren en las listas del Consejo Local de Tutelas oyendo siempre la opinión del Ministerio Público, - quién es el encargado de cerciorarse de la honorabilidad de la persona designada, estas personas que forman parte de la lista del Consejo Local de Tutelas, tienen la obligación de desempeñarla gratuitamente.

De esta manera si el Juez de lo Familiar no designa oportunamente al tutor será responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen al menor por esa falta.

De igual manera nuestra legislación también prevee la situación de que el menor no tenga bienes, imponiendo en la misma forma esta tutela dativa, al establecer el artículo 500; " A los menores que no esten sujetos a patria potestad ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo. La tutela en este caso tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto que reciba la educación que corresponda a su posibilidad económica y a sus aptitudes. El tutor será nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor, y aún de oficio por el juez de lo familiar."

De esta manera el tutor tiene la obligación de administrar los bienes del pupilo si los tuviere, debe procurar acrecentarlos a través de su buen manejo.

Sobre estas obligaciones que la Ley impone al tutor, la profesora Sara Montero Duhalt nos comenta lo siguiente: "Innumerables son las obligaciones que la Ley impone al tutor, destacandose entre ellas las de carácter prohibitivo, en el manejo de los bienes que lo compongan."

"Trasciende a través de todas ellas la desconfianza que parece ser fué la tónica que inspiró al legislador respecto de la conducta del tutor en el desempeño de su cargo." (5)

Otra de las obligaciones que nos señala el ordenamiento antes señalado y que como se ha dicho son innumerables es la forma de inventario solemne y circunstanciado de todo cuanto constituye el patrimonio del incapacitado, lo anterior es en razón a que el tutor debe otorgar una caución para asegurar el manejo de los bienes del incapacitado, este inventario deberá presentarlo ante el juez competente cuando sea requerido y no podrá ser dispensado, de igual manera el tutor tiene la obligación de presentar cuentas una vez que ha concluido la tutela a más tardar al mes siguiente, deberá entregar los documentos y bienes que pertenezcan al pupilo.

De esta manera nuestra legislación también establece en que término se extingue el cargo de tutela ---

(5) Montero Duhalt Sara. Ob. cit. pag. 381

según lo dispuesto por el artículo 616, el cual establece que "Todas las acciones por hechos relativos a la administración de la tutela, que el incapacitado puede -- ejercitar contra su tutor, o contra los fiadores garantistas de éste, quedan extinguidas por el lapso de cuatro años, contados desde el día que se cumpla la mayor edad, o desde el momento en que se haya recibido los bienes de la cuenta de la tutela, o desde que haya cesado la incapacidad en los demás casos previstos por la ley."

Ya que hemos analizado de manera concisa y exponiendo los rasgos generales de la tutela, sin pretender que con lo expuesto se agote el estudio de ésta figura por lo que consideramos pertinente analizar algunos aspectos del curador y del consejo local de tutelas.

a.- CURADOR.

La figura del curador se encuentra debidamente regulada en nuestro Código Civil del artículo 618 al 630, por lo que expondremos los aspectos más relevantes de esta figura. La función primordial del curador será la de vigilar la actuación del tutor, presentandose esta figura del curador siempre que exista la tutela, y al igual que el tutor el curador tiene derecho a que se le releve del cargo conferido después de diez años de servicio, -- de igual manera tiene derecho a que se le retribuya por sus servicios de acuerdo al arancel de procuradores.

La curatela es una institución que fué creada para la vigilancia de quienes tienen a su cargo el cuidado, educación y administración de la persona y bienes de un incapaz, pudiendo ser el curador según lo señala el artículo 618, testamentario, interino, dativo o definitivo.

De esta manera podemos decir que la curatela cesa, cuando acaba la tutela con excepción del caso de los incapaces expositos o abandonados.

b.- CONSEJO LOCAL DE TUTELAS.

El artículo 631 de nuestro Código Civil, establece; que en cada Delegación habrá un Consejo Local de Tutelas, compuesto de un presidente y dos vocales que -- serán nombrados por el jefe del Departamento del Distrito Federal o por los delegados según el caso, en el mes de Enero de cada año procurando que dichos nombramientos recaigan en individuos de notoria buena costumbre, con interés de otorgar protección y ayuda a la infancia desvalida. El ejercicio como miembro del Consejo Local de Tutelas cesará cuando entren en posesión las personas -- que hubieren sido designadas para el siguiente periodo -- aún cuando haya transcurrido el término de su ejercicio.

Estos Consejos Locales de Tutela, son órganos de vigilancia e información de los tutores y curadores, pudiendo señalar dentro de sus obligaciones, las siguientes; de acuerdo a lo que señala el artículo 632.

Formar anualmente una lista de las personas de la localidad que puedan desempeñar la tutela o la curatela para que estén en posibilidad de remitirla a los jueces de lo familiar, deben vigilar que los jueces cumplan con sus obligaciones de educar al pupilo o emplear sus recursos para su recuperación o regeneración, dar aviso al juez cuando los bienes del pupilo estén en peligro.

A nuestro particular punto de vista, nos parece adecuada esta disposición, porque todo ser humano -- tiene derecho a que le sean proporcionados los elementos mínimos de desarrollo y subsistencia, cuanto más si se trata de un menor y existen personas con posibilidad para proporcionar los medios necesarios para subsistir dentro de esta sociedad, imponiéndose esta obligación, a los presidentes municipales del domicilio del menor, a los demás regidores del ayuntamiento, en caso de que no haya éste, a las personas que desempeñen la autoridad administrativa, a los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria o profesional del lugar donde vive el menor, a los miembros de beneficencia pública o privada que disfruten de sueldo del erario, y a los directores de la beneficencia pública.

El Juez es el encargado de designar a la persona que ejercerá la tutela dativa de las listas que -- formen en cada delegación el Consejo Local de Tutelas, cuando estos estén conformes en ejercerla de manera gratuita, el juez elegirá procurando que los cargos de tutela sean repartidos equitativamente.

C).- REGULACION LEGAL DE LA TUTELA.

Antes de analizar este inciso, habremos de -- decir, que nuestro legislador, tomando en cuenta los intereses del menor, regula esta figura de manera tal que no dejara escapar o bien que se pudiese evadir alguna posible responsabilidad en que pudiese caer la persona que sea llamada a desempeñar la tutela, imponiéndole --

una serie de obligaciones y restricciones, con la finalidad de proteger debidamente a la persona de los menores o incapaces que se encuentran sujetos a ello.

La tutela se encuentra regulada, en nuestro Código Civil, en su título noveno, del capítulo primero al décimo sexto, de igual manera es regulado por nuestro Código de Procedimientos Civil, en su capítulo Décimo Sexto, del artículo 940 al 956. Como lo hemos señalado anteriormente, trataremos de dar un panorama general lo mas completo posible, sobre el tema que nos ocupa.

Nuestro sistema de Derecho, en materia de tutela, se encuentra conformado por un tutor, un curador, el juez de lo familiar y el consejo local de tutelas.

El tutor tiene a su cargo la guarda, cuidado, educación y representación del menor y/o. incapaz, el curador como principal función, será la de vigilar la conducta del tutor, el consejo local de tutelas, es el organismo de protección a la infancia desvalida, el juez como un organo regulador de esta Institución que es la tutela.

Una vez que ha quedado especificado lo anterior podemos decir que la función primordial del tutor, es el cuidado y educación o en su caso la regeneración y recuperación del pupilo, así como la administración de sus bienes, pero tendrá prioridad la primera de las que se han indicado, el desempeño del cargo de tutor será siempre con posterioridad a la declaración de inter-

dicción del sujeto a ello, y uno de los requisitos con los cuales debe de cumplir el tutor, para entrar al --- ejercicio de la tutela, es que debe otorgar una caución para asegurar su manejo, misma que puede consistir en fianza, prenda o hipoteca, pudiendo ser exceptuadas de manera excepcional de esta garantía, los tutores testamentarios, cuando expresamente se les haya otorgado esa dispensa, ya que pueden ser dispensados los tutores que no administren bienes, así mismo el padre, la madre, ó a los abuelos, en estos dos últimos supuestos será con la salvedad de que dispone al artículo 532 del Código - Civil, es decir, en caso de que el juez, previa audiencia del curador y del Consejo Local de Tutelas que consideren pertinente para los intereses del incapaz, se otorga dicha garantía, de igual manera ser exceptuados de esta garantía los que hubieren acogido a un exposito lo alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, a menos de que hubieren recibido pensión para el cuidado del incapaz.

Para el caso de que el tutor tenga que administrar bienes, no podrá entrar a dicha administración sin que previamente se haya nombrado curador, salvo que el caso en que se trate de los bienes de un exposito, y para el caso de que entre a la administración de los -- bienes del incapaz, será responsable de los daños y per juicios que ocasione y será separado de la tutela.

Por lo que respecta a la obligación del tu--- tor, se encuentra claramente enunciadas por nuestro Código Civil, en su artículo 537, que a la letra dice.

"El tutor está obligado;

I.- A alimentar y educar al incapacitado;

II.- A destinar de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su regeneración si es un ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas enervantes;

III.- A formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado si goza de discernimiento y ha cumplido dieciseis años de edad;

IV.- A administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernimiento y mayor de diecisis --- años;

La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le correspondera a él y no al tutor;

V.- A representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con -- excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales;

VI.- A solicitar oportunamente la autorización Judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella."

Una vez que han quedado especificadas las obli-

gaciones que impone nuestra legislación a los tutores, - trataremos de analizarlas y expondremos de manera consi- za, los aspectos más importantes de las mismas.

Consideramos que el legislador al señalar es- - tas obligaciones, lo hace atendiendo a que el incapaz se encuentra desprotegido, con ellas prevee posibles abusos de su condición, como ya ha quedado plasmado, el tutor tiene la obligación de alimentar y educar convenientemen te al pupilo, y para el caso de que el pupilo carezca de bienes suficientes para su manutención, podrá solicitar- los a quien corresponda proporcionarlos pudiendose se- - guir las reglas establecidas para la patria potestad, -- comprendiendo esos alimentos la comida, el vestido, la - asistencia en caso de enfermedad y la habitación, así -- mismo tiene la obligación de emplear los recursos del pu pilo para su curación, ya que al hablar de tutela y por consiguiente de la obligación de alimentación, no existe reciprocidad como en el caso de la patria potestad en -- virtud de que el tutor tiene derecho a una remuneración por desempeñar ese cargo y para el caso de que el pupilo fuere indigente, podrá solicitar el tutor al juez sus au torización para recluirlo en alguna institución de bene- ficencia pública o privada en donde pueda educarse y en caso de que no existan esos lugares corresponderá alimen tarlo a costa de las rentas públicas del distrito o de - los territorios federales de acuerdo al lugar donde se - encuentre domiciliado, tratandose de incapaces privados de inteligencia, tendrá la obligación el tutor de em- - plear los recursos del pupilo para su recuperación cuan- do eso fuere posible, otra de las funciones esenciales del tutor será rendir cuentas en el mes de Enero de cada año, con la finalidad de que la inversión sea adecuada a

fin de que dicte las medidas pertinentes para la protección de dichos bienes, intervenir en los asuntos relativos a la tutela y a la curatela, siendo su principal función la de ejercer una supervigilancia sobre la actuación del tutor.

Con el análisis efectuado sobre el Consejo Local de Tutelas concluimos este inciso, por lo que a continuación analizaremos la figura de la adopción.

II.- LA ADOPCION.

Al entrar al estudio de la adopción, al igual que la tutela será de manera breve, por no ser tema de nuestro trabajo y para los fines y propósitos que se han expuesto; por lo que nos concretaremos a observar y comentar la regulación que hace nuestro Código Civil sobre dicha figura.

La adopción se encuentra regulada por nuestro Código Civil en sus artículos 390 al 410; por lo que hace a las formalidades que exige la legislación para que tenga lugar la adopción es regulada por el Código de Procedimientos Civiles en su capítulo IV, del Título Décimo Quinto.

No obstante que existe una regulación adecuada sobre la adopción, con la salvedad de que ninguno de los dos cuerpos legales mencionados nos proporcionan una definición sobre lo que debemos entender por adopción --

por lo que analizaremos los dispositivos legales que la regulan.

Como ya habíamos mencionado anteriormente, en ninguno de los dos ordenamientos no se encuentra definición alguna sobre lo que debe entenderse como adopción pero - el artículo 390 del Código Civil, menciona ciertos requisitos que debe reunir la persona que pretende adoptar a un menor o incapacitado, de conformidad a ello anotaremos algunas definiciones sobre adopción que nos proporcionan algunos tratadistas y comprender los alcances de esta figura, aunque realmente a nuestro parecer las definiciones que proporcionan los tratadistas de esta materia -- forman su propia concepción sobre el particular sin que que excluyan al Código Civil.

Para el profesor Ignacio Galindo Garfías la -- adopción es; "Por la adopción una persona mayor de veinticinco años, por propia declaración de voluntad y previa la aprobación judicial, crea un vínculo de filiación con un menor de edad o un incapacitado." (6)

Otro autor Juan Antonio Gonzalez define a la -- adopción diciendo; "La filiación civil que se crea por la adopción da al adoptado la calidad de hijo adoptivo, -- bién entendido que es el adoptante, a su opción, podrá -- dar a aquel, nombre y sus apellidos, haciendose las anotaciones correspondientes en la respectiva acta de adopción." (7)

(6) Galindo Garfías. Ignacio. Derecho Civil. Ed. Porrúa 1º edición, pag. 652.

(7) González. Juan Antonio. Elementos de Derecho Civil. Ed. Trillas. pag. 77

Para la profesora Sara Montero Duhalt, la ---- adopción es; "Es la relación jurídica de filiación creada por el derecho, entre dos personas que no son biolô-- gicamente, ni por afinidad, progenitor (padre o madre) e hijo." (8)

De las definiciones anotadas anteriormente, -- que al crearse el vínculo será únicamente entre adoptante y adoptado, pero consideramos que se limita al adoptado en el sentido de que no se le puede integrar a la nueva familia de la que ha pasado a formar parte.

Artículo 390.- "El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar a uno o más menores o a un incapacitado, aún cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diesciete años más que el adoptado y que acredite además:

I.- Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como --- hijo propio, según las circunstancias de la -- persona que se trata de adoptar;

II.- Que la adopción es benefica para la persona que trata de adoptarse; y

III.- Que el adoptante es persona de buenas -- costumbres.

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o -

más incapacitados o de menores e incapacitados simultaneamente."

El precepto transcrito nos especifica cuales son los requisitos o condiciones que se deben reunir para que pueda tener lugar la adopción; como el ser mayor de veinticinco años de edad, tener capacidad y estar en jercicio de sus derechos, tener más de 17 años que el adoptado, por lo que podemos decir que estos requisitos se imponen al adoptante, y como requisito para el adoptado se puede traducir en que sea menor o incapacitado, en este segundo supuesto creemos que siempre la adopción debe considerarse benefica, por lo que una vez satisfechos los requisitos señalados, cualquier persona de cualquier sexo puede ser sujeto de la adopción, --- una excepción a este principio la encontramos dentro -- de este ordenamiento legal en su artículo 391, al establecer; "El marido y la mujer podrán adoptar, cuando los dos esten conformes en considerar al adoptado como hijo..." .

Consideramos que nuestro legislador al regular de esta manera manifiesta su preocupación, de cuidar y proteger al menor, en virtud de que sobre todas las cosas debe prevalecer siempre el provecho o conveniencia para el adoptado, no sólo en su persona fisica sino en sus propios intereses ya que se encuentra imposibilitado ya sea por su incapacidad fisica, intelectual o por su minoría de edad.

El artículo 393, establece: "El tutor no puede adoptar al pupilo, sino hasta después de -

que hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela."

Esta disposición tiene su razón de ser, en la prevención que hace el legislador, para el supuesto de que algún tutor quisiera adoptar a su pupilo y con ello pretendiera evitar el control a que se encuentra sujeto y la responsabilidad que en un momento determinado tenga y responda de los daños y perjuicios que ocasione en el desempeño de la tutela.

Por otro se estipula que el adoptante tiene - sobre el adoptado los mismos derechos y obligaciones -- que los padres tienen sobre sus hijos, en cuanto a su - persona y bienes, de esta manera el adoptado recíproca- mente tendrá para con su adoptante las mismas obligacio- nes y derechos que tiene un hijo.

De esta manera el Código Civil, enuncia que - personas deben consentir en la adopción en su artículo 397, el cual a la letra reza:

Artículo 397.- "Para que la adopción pueda te-
ner lugar deberán consentir en ella, -
en sus respectivos casos:

I.- El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar;

II.- El tutor del que se va a adoptar;

III.- La persona que haya acogido durante ---
seis meses al que se pretende adoptar y lo --

trate como a hijo, cuando no hubiere quien -- ejerza la patria potestad sobre él ni tenga - tutor;

IV.- El Ministerio Público del lugar del domi cilio del adoptado, cuando éste no tenga pa-- dres conocidos, ni tutor, ni persona que os-- tenciblemente le imparta su protección y lo - haya acogido como hijo.

Si el menor que se va a adoptar tiene más de catorce años, también se necesita su consenti miento para la adopción."

Resulta sencillo que nuestro legislador, esta blezca que personas deben consentir en la adopción por ser en beneficio del que va a ser adoptado, sobre todo por la seguridad que se proporciona al menor ó incapaz, ya que éste entrara a una nueva familia para él descono cida, aún más para el caso de que existieren intereses contrarios a los del adoptado. En el caso de que haya - oposición por parte del tutor o del Ministerio Público, corresponderá al juez de lo familiar calificar las cau- sas que hayan fundado tal oposición tomando en conside- ración desde luego los intereses del menor o incapacita- do y no obstante que se especifica claramente quiénes - deben consentir en la adopción, esto no quiere decir -- que sólo se trate de un acuerdo entre el adoptante y -- quién otorga su consentimiento para la adopción, ya que si existe oposición el juez es el encargado de dirimir la oposición, sin que sólo se limite a aprobar los con- venios entre las partes ya que debe aprobar esa adop--- ción mediante resolución, creando consecuentemente el -

lazo de filiación entre el adoptante y el adoptado.

Por otra parte, respecto al procedimiento de adopción, el propio Código Civil nos remite al Código de Procedimientos Civiles, mismo que la regla de manera especial.

En vía de jurisdicción voluntaria, el que --- pretende adoptar a una persona deberá acreditar los siguientes extremos:

a),- Que el que pretendé adoptar es mayor de veinticinco años, y que tiene diecisiete años más que el que pretende adoptar.

b).- Que tiene medios suficientes para proveer la subsistencia y educación del que pretende adoptar, como si se tratara de un hijo.

Es decir, deben acreditarse los requisitos -- señalado en el artículo 390 del Código Civil, debiendo manifestar en el escrito inicial de las diligencias el nombre y edad del menor incapacitado, el nombre y domicilio de quienes ejercen la patria potestad o tutela o en su caso la institución pública que lo hubiere acogido, acompañar su certificado médico de buena salud, --- constancia del abandono o exposición para el caso de que el menor estubiera a cargo de alguna institución de beneficencia, una vez que se han recabado los requisitos señalados anteriormente con la aprobación de quién corresponde otorgarla el juez deberá resolver si procede o no la aprobación.

Como se había indicado anteriormente la adopción es perfecta con la resolución pronunciada por el juez de lo familiar, sin que se constituya con el simple acuerdo entre las partes que integran la misma y de igual manera cuando el adoptante y el adoptado soliciten la revocación de esa adopción .

AJ.- REVOCACION DE LA ADOPCION.

El artículo 405 de nuestro código Civil establece cuales son los casos en que puede tener lugar la revocación de la adopción el cual a la letra dice:

" La adopción puede revocarse;

I.- Cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fueré, se oíra a las personas que prestaron su consentimiento conforme al artículo 397, cuando fueren de domicilio conocido, y falta de ellas, el representante del Ministerio Público y el Consejo Local de Tutelas.

II.- Por ingratitud del adoptado."

A nuestro particular punto de vista son plenamente justificadas las causas enunciadas en virtud de que en el primero de los casos señalados ambas partes se encuentran de acuerdo en liquidar o destruir lo que ellos han creado por ser necesario o benéfico señalando se unicamente que el adoptado sea mayor de edad, ya que al no existir impedimento se respeta la voluntad de las

partes para llevar a cabo dicha revocación, ya que --- creemos que si no existiera ese acuerdo entre las partes de revocar la adopción, la misma podría resultar -- contraproducente para los intereses del adoptado que es a quién se pretende otorgar protección.

Por otra parte respecto a la ingratitud del - adoptado se justifica de igual manera si atendemos a que por regla general y debido a la naturaleza propia del - ser humano la persona que adopta a un menor o incapacitado, lo hace por falta de familia propia, de manera -- desinteresada, brindandole amor y protección, y si como respuesta a ello el adoptado sólo tiene para él adoptante actos de ingratitud, es justo que el mismo no sea -- considerado como hijo aún más si atendemos a los efectos jurídicos que produce la adopción sólo se establece la relación entre adoptante y adoptado, es decir que -- los derechos y obligaciones que nacen de la adopción -- sólo producen efectos entre adoptante y adoptado los -- cuales surtirán sus efectos y se conservará aún cuando sobrevengan hijos al adoptante, e incluso puede usar el nombre el adoptado de quién lo adopto en atención a que pasará a formar parte de la familia de éste y será tratado como hijo. Nuestro Código civil en su artículo 406 señala específicamente en que casos se considera al --- adoptado como ingrato.

Artículo 406.- "Para los efectos de la fracción II del artículo anterior, se considerará ingrato al adoptado;

I.- Si comete algún delito intencional contra

la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su conyuge, de sus ascendientes o descendientes.

II.- Si el adoptado formula denuncia o querrela contra el adoptante, por algún delito --- aunque se pruebe, a no ser que hubiera sido --- cometido contra el mismo adoptado, su conyuge de sus ascendientes o descendientes;

III.- Si el adoptado rehusa dar alimentos al adoptante que ha caído en pobreza."

Por otra parte el Código de Procedimientos -- Civiles, establece que para el caso de revocación de -- esa adopción, citará al adoptante y adoptado cuando --- ellos pidan que la adopción sea revocada para lo cual se efectua una audiencia, transcurrida ésta en el término_ de tres días se resolverá de conformidad a lo estableci_ do en el propio Código de Procedimientos Civiles, artícu_ lo 407. Para el caso de que el adoptado sea menor de -- edad, se oíra previamente a la persona que aotiza la - adopción o en su caso al representante del Ministerio - Público y al Consejo Local de Tutelas, en este supuesto la revocación se promueve en la vía ordinaria civil en- virtud de que existe controversia, pudiendose aportar - todo tipo de pruebas.

Con el breve análisis efectuado sobre la adop_ ción pasaremos en seguida a analizar lo concerniente a la custodia.

III.- LA CUSTODIA.

Al iniciar el estudio de la custodia nos pudimos percatar de que realmente no se contempla a ésta dentro de la doctrina y por lo que hace a nuestro Código Civil de igual manera no hace alusión a ella de manera específica aún más no se ocupa de analizarla o definir lo que debemos entender por la misma, por lo que trataremos de exponer lo que entendemos de la custodia.

No obstante que hemos señalado que no existe definición sobre lo que se debe entender como custodia consideramos que se refiere primeramente al depósito de la persona del menor o incapacitado, o bien como una guarda de la persona.

En el diccionario de la lengua española conceptúa a la custodia de la siguiente manera:

"Acción de custodiar o vigilar, guardar, persona que cuida a otra."

Como lo hemos señalado anteriormente nuestros legisladores no hacen referencia alguna sobre lo que debemos entender por custodia, por lo que nos atrevemos a decir, que de conformidad con la definición que nos proporciona el diccionario de la real academia, que custodia es; "El cuidado y vigilancia que se efectúa sobre una persona, y que es ejercida por quién se denomina custodio."

Por lo que se refiere a la regulación legal de la custodia, habremos de decir que no existe una regulación especial para la misma, refiriendola nuestro Código Civil como un depósito, propiamente dicho, en virtud de que se especifica que la persona que tiene bajo su cuidado a un menor, o en general a una persona que tiene la obligación de cuidarla. Pero más bien creemos que esas obligaciones a que se refiere se especifican claramente para los ascendientes que ejercen la patria potestad -- por lo que consideramos que al existir la custodia no necesariamente implica que exista patria potestad pudiendo ser una consecuencia de la otra pero puede existir una independientemente de la otra.

Como lo hemos venido señalando la custodia es entendida como un depósito; pero a nuestro consideración es inadecuada en virtud de que si bien es cierto que revisten características semejantes por la finalidad de -- ambas que será el resguardo, pero existe enorme diferencia si decimos que el depósito, se constituye sobre determinados bienes ya sean muebles o inmuebles con caracteristicas propias ó que posiblemente en un momento determinado se pueden sustituir, en tanto que la custodia se refiere a la persona de un ser humano, pensante con sentimientos y que requiere de atenciones personales y cuidados, y refiriendonos a los menores o incapacitados diremos que son personas desvalidas que se encuentran a la completa atención y cuidado de la persona con la que viven, por lo que a nuestro parecer la custodia es una consecuencia de la paternidad y aunque muchas veces no son los padres quienes se ocupan de sus hijos, debemos entender por custodia, la atención cuidado y vigilancia que -

los padres ejercen sobre sus hijos, o sólo uno de ellos.

Con lo anotado consideramos se proporciona un panorama de lo que expresa nuestro sentir, y sobre todo nuestro Código Civil, por lo que creemos podría darse mayor atención a este punto no por la existencia de problemas sino más bien para crear una clara visión a --- quién es encargado de custodiar a un menor o incapaz, - ya sea por tutela, adopción o patria potestad.

IV.- COMPARACION Y DISTINCION DE LAS ANTERIORES INSTITUCIONES.

Por lo que respecta a este inciso, creemos que es acertado señalar que sea cual fuere la institución - que tenga a su cargo a un menor de edad o incapacitado, nuestra legislación siempre regulará con miras a la --- propia conveniencia del menor, estableciendo normas más que reguladoras son proteccionistas para la infancia -- que de alguna manera se encuentra en deventaja, frente a la persona del tutor, del adoptante e incluso en cier--tas circunstancias de sus progenitores, de ahí el sen--tir del legislador para establecer el sistema de regulación para la protección de los mismos.

Ahora bien habremos de decir con respecto a -- la patria potestad y a la tutela, que en cuanto a sus - funciones son similares en atención a que ambas ponen - especial atención a la persona del menor o incapacitado pasando a un segundo término lo relativo -----

a la administración de los bienes de éste en caso de que los hubiere, de esta manera podemos decir que la tutela es la institución que viene a sustituir a la patria potestad, diferenciándose principalmente la una de la otra en que la primera debe reunir ciertos requisitos para -- que pueda tener lugar como el otorgar fianza suficiente para garantizar el ejercicio del tutor, requisito ampliamente justificado en atención a que el tutor incluso puede recibir remuneración, en tanto que la patria potestad es la consecuencia de la paternidad, misma que se encuentra basada en la confianza ya que corresponde ejercerla a los propios padres o en su defecto a algún ascendiente del menor mientras que el tutor espera una recompensa -- o pago por la atención que brinda al menor o incapaz, -- por lo que respecta a la adopción, todo tipo de relación jurídica sólo será entre adoptante y adoptado con los -- mismos derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad del padre sobre sus hijos y de sus hijos con respecto al padre.

Por lo que se refiere a la custodia, podemos decir que se encuentra ligada de manera intrínseca a -- la patria potestad, a la tutela y a la adopción, pero no obstante se habla de ella, no existe regulación específica para la misma, ya que puede existir la obligación inherente a la patria potestad para el padre o la madre o -- bién para ambos, sin que necesariamente se de el supuesto de que ellos ejerciten la custodia, al igual que en la tutela, no existe la obligación expresa para el tutor de tener la custodia de su pupilo.

Con lo señalado anteriormente concluimos el -- presente capítulo, sin que con ello se dejen concluidas las instituciones que estudiamos, en atención a que son muy bastas e incluso de las mismas podrian sustentarse - varios temas para la elaboración de un trabajo indivi--- dual de cada una, pués como se ve a todas luces, existen custionamientos para cada una de ellas y que aún con la interpretación que se efectue no es suficiente para lle- gar a los alcances o soluciones de ellas. Enseguida ---- entraremos al estudio del tema materia de esta investiga- ción.

C A P I T U L O C U A R T O .

LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.

- I.- ANTECEDENTES HISTORICOS. ----
- II.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO. III.- PERSONAS SUJETAS A PATRIA POTESTAD. ---
- IV.- CONTRADICCION DEL ARTICULO --
415 EN RELACION CON LOS ARTICULOS
380 y 381 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

CAPITULO CUARTO.

LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.

I.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

Antes de iniciar el estudio y análisis, del tema materia de la presente tesis es menester realizar un breve bosquejo de la evolución que se ha venido presentando, sobre la situación de los hijos que no han tenido la fortuna de nacer dentro de matrimonio, ya que a nuestro muy particular punto de vista, ellos son los más inocentes a quiénes se les coloca en un plano de diferencia con sus propios hermanos que han nacido dentro de matrimonio, o bién de los hijos extramatrimoniales y no obstante la exposición de motivos de nuestro Código Civil, el cual da un paso trascendental dentro de nuestra vida jurídica y social, debido a que incluso equipara a los hijos que nacieron fuera de matrimonio con los que han nacido dentro de él e incluso llega a concederles los mismos derechos.

Iniciaremos éste estudio desde la época independiente, ya que se tenía una concepción conservadora sobre lo que significa ser hijos de matrimonio, ya que se da una situación realmente preocupante sobre los --- hijos que no nacieron dentro de matrimonio, ya que se - realizá una verdadera discriminación sobre quién menos

culpa tenía, ya que incluso se dan para ellos definiciones o más bien denominaciones infamantes, ya que en ésta época independiente los hijos nacidos fuera de matrimonio no tenían los mismos honores ni beneficios de los hijos nacidos de matrimonio, e incluso no tenían derecho a heredar a sus ascendientes y en el supuesto de que alguno de ellos llegara a ocupar alguna dignidad, cuando se dieran cuenta de esa situación, automáticamente perdía todo en virtud de que existían discriminaciones para con ellos, desde luego que esa situación empezó a modificarse paulatinamente, regulándose en nuestro Código Civil, por lo que señalaremos brevemente los aspectos más importantes de cada uno de ellos.

CODIGO CIVIL DE 1870.

Nos comenta la profesora Sara Montero Duhalt, que en este Código Civil de 1870, se establecieron tres tipos de denominaciones, para identificarlos de alguna manera; fueron llamados legítimos, naturales y espurios; los legítimos eran aquellos que nacen de matrimonio, los naturales son aquellos que nacen fuera de matrimonio y los espurios son los que nacen de mujer barragana (mujer soltera a quién el hombre tiene como amiga, viva o no con ella).

Nos sigue comentando este autor, que de igual manera se reguló la legitimación en favor de los hijos naturales y sólo para el caso de subsiguiente matrimonio e incluso si el matrimonio se anulaba, la legitimación efectuada subsistía ya que se presume había buena fé, en virtud de que el propio Código dice que el hijo pierde sus

derechos que ha adquirido con la legitimación, cuando es el producto de una unión adulterina o incestuosa, se les concede los mismos derechos que se otorgan a los hijos - espurios, que son aquellos nacidos de concubinato, los - cuales sólo tenían derecho a heredar, pudiendo incluso - percibir el total de la herencia cuando sólo hay hijos - de una clase ó en parte alicuota si hay varias clases, - prefiriendose siempre a los hijos legítimos, por todo -- ello apreciamos que los derechos otorgados a los hijos - no legítimos son descendentes. Se prohibió rotundamente la investigación de la paternidad exceptuandose ésta pro- hibición sólo en caso de violación o rapto, o bién para el caso de que el hijo se encuentre en posesión de esta- do o posesión de hijo. (1)

Atendiendo a lo anterior podemos decir: -----
Que en éste Código, no obstante el propósito de otorgar ciertos beneficios a los hijos llamados naturales o ile- gítimos ocupan un lugar predominante en todos los aspec- tos los hijos legítimos, ya que se les consideraba como algo sagrado por ser más dignos en razón de que provie- nen de matrimonio, considerandose de manera desigual a - los naturales por considerarseles inferiores, por lo que consideramos que en este Código no les fue concedido be- neficio alguno, y sobre todo por el lugar preponderante que se otorgó a los llamados hijos legítimos en atención a que nuestra propia indiocincracia social así lo reclama- mó sin detenerse a analizar este tipo de discriminación.

(1) Cfr. Montero Duhalt, Sara Ob. cit. pags. 291 a 294

B).- CODIGO CIVIL DE 1884.

En éste Código Civil, existen dos modificaciones de gran trascendencia para los hijos denominados naturales; la primera de ellas se refiere a la libre testamentificación para el reconocimiento de los hijos, la segunda se refiere a los hijos espurios que a partir de éste Código tienen derecho a ser reconocidos, siendo más flexible éste Código con respecto a la condición de inferioridad con que se caracterizaba a los hijos espurios, por lo que respecta a las demás estipulaciones permanece inalterable.

En este Código se da la pauta para la concientización de la propia sociedad y se permita a los hijos denominados ilegítimos o naturales ser reconocidos por sus ascendientes.

Como hemos anotado anteriormente se da un singular desarrollo para con los hijos nacidos fuera de matrimonio ya que existen distinciones que resultan incompatibles con los propios principios de igualdad para todos que proclamó el Código Civil de 1870, al existir imposibilidad para los hijos extramatrimoniales ya fueran denominados naturales o espurios para reclamar alimentos y poder heredar a sus progenitores, debido a que existía imposibilidad absoluta para investigar la paternidad --dándose como consecuencia lo anteriormente señalado, imposibilidad aún mayor de que esos hijos llevaran el nombre de sus padres, en virtud de que si éstos no lo pedían se asentaba en el acta de nacimiento que se trataba de hijos de padres no conocidos, es decir, "mostrencos",

por lo que concluimos que éste Código Civil de 1874, sigue los mismos lineamientos que el anterior salvo lo antes expuesto.

C).- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

En esta Ley Sobre Relaciones Familiares, desde la exposición de motivos se prevee un Derecho más equitativo, plasmandose el mismo en el contenido de esta Ley, se dan nuevos conceptos en materia familiar sobre matrimonio, divorcio, alimentos así como paternidad de los hijos naturales y legítimos, se deja abierto un camino más accesible al introducirse substanciales reformas y nuevos conceptos respecto del matrimonio, alimento, divorcio, paternidad y filiación de los hijos legítimos y de los naturales, ya que se consideró justo suprimir la designación de hijos espurios, facilitandose el reconocimiento de los hijos, se concede a los hijos nacidos fuera de matrimonio el derecho de llevar el nombre de sus progenitores, estableciendose de igual manera que todo hijo nacido fuera de matrimonio, era natural, prohibiendose de plano la investigación de la paternidad tanto en favor como en contra del hijo.

En esta breve remembranza elaboramos un panorama general sobre todo los aspectos de mayor importancia para nuestro objetivo y sobre todo en atención a que en el capítulo primero realizamos el análisis respectivo.

D).- CODIGO CIVIL DE 1928.

Nuestro Código Civil vigente, fué promulgado -- siendo Presidente Constitucional el Gral. Plutarco Elias

Calles, el 3 de Enero de 1928, regulando lo concerniente a la Patria Potestad el Libro Primero, Título Octavo Capítulos I, II y III. Nuestro Código Civil vigente inegablemente da un avance, respecto de todas las instituciones que constituyen el derecho de familia, y al referirse a los hijos borra esa odiosa afrenta con que se clasificó a los hijos, reduciéndola a la denominación de hijos legítimos y nacidos fuera de matrimonio, estableciendo para ambos los mismos derechos y obligaciones sin ninguna diferencia, es decir, derecho a percibir alimentos, para heredar así como para llevar el nombre de sus progenitores, se permitió la investigación de la paternidad - sin que ello constituyera motivo de escándalo, es decir, los derechos de los padres sobre los hijos son idénticos, ya sea por matrimonio, reconocimiento voluntario o bien por imputación de la paternidad.

Hemos señalado brevemente la evolución que ha tenido nuestra legislación, por lo que respecta a los -- hijos nacidos fuera de matrimonio así como la enorme -- trascendencia de nuestra legislación y en especial sobre el modo de regular la situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, atendiendo a que inicialmente se caracterizó por el rigorismo e inflexibilidad de que era objeto, ya que vivían al margen de todo tipo de beneficios e incluso quedaban al margen de regulación alguna y no es sino hasta este Código donde se les concede plenamente - los mismos derechos que a los hijos legítimos.

El Código en comento, indiscutiblemente pugno y estableció acertadamente el equiparamiento de los hijos nacidos de matrimonio con los habidos fuera de él, y no obstante ello a nuestro particular punto de vista aún en

nuestros días existen algunas diferencias entre ellos, - diferencias que se perfilan más que nada en algunas situaciones desfavorables que les son dadas en un aspecto social y que repercuten en el aspecto legal o de derecho las cuales comentaremos más adelante en el transcurso de la elaboración del presente capítulo.

II.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES.

En el capítulo segundo del presente trabajo se ha estudiado ampliamente a la institución de la patria potestad, por lo que hemos llegado a la conclusión de -- que no existe una definición exacta ni clara en nuestro Código Civil respecto a los hijos que han nacido fuera -- de matrimonio, en virtud de que en el propio artículo -- 414, da la pauta para la existencia de la diferencia que comentamos en líneas que anteceden, ordenamiento que a -- la letra dice; "La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce; . . . ", haciendose palpable la diferencia entre los hijos nacidos de matrimonio y los nacidos fuera de él, ya que se regula de manera separada, -- luego entonces tienen o no los mismos derechos y obligaciones, por lo que afirmamos se asentúa la antinomia al tratar de equiparar a los hijos que nacen dentro de matrimonio con los que nacen fuera de él, puesto que los -- primeros desde antes de nacer tendran asegurado su porvenir, ó por lo menos su alimentación más aún en el caso -- de que sus padres llegasen a fallecer esa obligación recaerá automáticamente en los abuelos, y por lo que res-pecta a los segundos, se encuentran en una situación incierta con respecto incluso a su propia alimentación ---

porque en todo caso ni siquiera sabría quiénes son sus abuelos o bien quién se haría cargo de él.

Por otra parte al establecer una enunciación de las personas que tienen la obligación de ejercer la patria potestad, refiriendonos al caso de que los descendientes sean producto de un matrimonio, excluyendose por ende a los hijos que nacen fuera de matrimonio, por lo que propugnamos se regule de manera conjunta, sea cual fuere el origen del hijo ya que tanto se ha proclamado el equiparamiento de los hijos de matrimonio y los nacidos fuera de él, cuanto más que el menor es el más inocente con respecto a la procreación efectuada por sus ascendientes de manera irregular, por lo que se propone se reforme el artículo en comento, para quedar de la siguiente manera y se contemple en el mismo cualquier circunstancia ú origen del menor;

Artículo 414.- "La patria potestad sobre los hijos se ejerce; . . ."

Es decir, sin que exista esa diferencia o más bién distinción que hace nuestro propio Código Civil al regular de manera separada que personas estan obligadas a ejercer la patria potestad para los hijos nacidos de matrimonio y los extramatrimoniales.

Una vez que hemos expresado lo que a nuestro particular punto de vista resulta un tanto cuanto desigual por las razones que ya hemos expresado, ahora pasaremos a analizar a quiénes corresponde el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos que han nacido fuera

de matrimonio, por lo que analizaremos primordialmente - el contenido del artículo 415, él cual establece a quién de los ascendientes corresponde ejercer la patria potestad, el cual a la letra establece:

Artículo 415.- "Cuando los dos progenitores -- han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381.

De igual manera el artículo 417 así como el artículo418, que preceptúan lo siguiente:

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

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

Como lo señalamos antes, de los preceptos an--

tes anotados se desprende, que al igual que para los hijos de matrimonio, se impone en principio a los padres - la obligación, así como se les otorga el derecho de ejercer la patria potestad, atendiendo siempre como ya hemos mencionado a que ellos mismos serán los que mayor interés tengan en el bienestar de sus hijos, por eso consideramos adecuada la forma de regular el ejercicio de la patria potestad para con los hijos nacidos fuera de matrimonio, pero creemos osciosa esa clasificación o mejor dicho esa diferenciación que se hace porque de cualquier manera estos últimos pueden quedar dentro de la clasificación del artículo 414.

Los artículos transcritos, al hablar de patria potestad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, prevén distintas circunstancias y a la vez dan solución a - a las mismas, al prevenir que el ejercicio de la patria potestad puede ser efectuada solamente por uno de los -- progenitores y será en el supuesto de que sólo lo reconozca uno de ellos o bien quién los reconozca primero, y aún para el caso de que los progenitores hubieren vivido juntos y por cualquier circunstancias se llegarán a separar, ambos continúan ejerciendo la patria potestad sin - que ello sea motivo ú origen para eximirse de sus obligaciones alimentarias e inherentes a esa patria potestad - con respecto a los hijos ya que incluso al dictarse una resolución en la que cualquiera de los padres ó ambos -- pierden la patria potestad por causas imputables a ellos, no eximen de sus obligaciones para con sus hijos porque en todo caso como se ha mencionado anteriormente los hijos son los menos culpables de los errores que cometen - sus padres, y por ello continúan con sus obligaciones de

- administrar alimentos a sus hijos.

Por otra parte en el caso de que llegasen a -- faltar los padres, al igual que en el supuesto de los - hijos nacidos de matrimonio, los abuelos pueden entrar - en el ejercicio de la patria potestad, y es en éste apar- tado donde se da una rotable diferencia favorable para - los menores, ya que en el capítulo segundo de este traba- jo quedó anotado que debería otorgarse al juez de lo fa- miliar amplias facultades para determinar qué ascendien- tes entrarán a ejercer la patria potestad de acuerdo a - las aptitudes de unos y de otros, es decir, determinar - quiénes tienen mayor aptitud para cuidar de la persona - del menor o del incapacitado así como para administrar - sus bienes en caso de que los haya, tomando en cuenta -- tanto la solvencia económica como la moral con que se -- conduzcan unos y otros, sin embargo es en éste apartado donde nuestro legislador vislumbra esta situación, ya que para los hijos de matrimonio no se toma en consideración lo que hemos comentado anteriormente y se emiten juicios de valor sin tomar en consideración las cualidades de -- unos y otros, por lo que acertadamente en el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio se faculta ampliamente al juez de lo familiar emitir una resolución a este res- pecto de acuerdo a las cualidades señaladas anteriormente.

Por todo lo anotado anteriormente creemos que es inecesaria la clasificación de hijos nacidos de matri- monio e hijos nacidos fuera de matrimonio, en virtud de - que los padres, ambos o uno de ellos reconoce a sus hijos sean o no casados civilmente, ejercerán la patria potes- tad y como consecuencia de ello, y para el caso de que --

los progenitores dejarán de existir entrarán a suplirlos en sus facultades y obligaciones los abuelos, sean los - paternos o maternos y en caso de que sólo uno de los pro- genitores haya reconocido al menor, consecuencia lógica de ello será que únicamente los padres del progenitor -- que haya reconocido al hijo entrarán al ejercicio de la patria potestad, y para el supuesto de que ninguno de -- los progenitores hubiere reconocido a su hijo corresponderá ejercer la patria potestad a la institución que lo - acoja. Aunque propiamente diremos que esa institución - ejercerá sobre el incapacitado la tutela.

Pasando a otro aspecto del mismo tema creemos oportuno aclarar que si bien es cierto que desde este -- inciso podríamos analizar la antinomia del artículo 415 en relación al 380 y 381, no se tocó en atención a que lo veremos más adelante.

III.- PERSONAS SUJETAS A PATRIA POTESTAD.

Por lo que respecta a las personas sujetas a - patria potestad de las personas nacidas fuera de matrimo- nio diremos que nuestro Código Civil no establece dispo- sitivo legal alguno, por lo que consideramos que deberá seguir los mismos lineamientos que marca para los naci- dos de matrimonio y por tanto deberá regirse por el mis- mo ordenamiento que establece para los hijos nacidos de matrimonio, de esta manera el artículo 412 a la letra - establece;

Artículo 412.- "Los hijos menores de edad no -

emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deben ejercerla conforme a la ley."

De la observancia al precepto transcrito debemos de decir, que al igual que para los hijos nacidos de matrimonio, los extramatrimoniales o nacidos fuera de matrimonio se registrarán por los mismos dispositivos, en atención a que nuestro Código Civil es omiso para determinar la situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, y de igual manera que los nacidos de matrimonio saldrán de la patria potestad al colocarse en cualquiera de los supuestos establecidos para los habidos de matrimonio, una de las causas será cuando el hijo menor de edad se emancipa al considerarse con ella al menor como individuo con capacidad para adquirir derechos y obligaciones, aunque ésta emancipación tiene ciertas restricciones para las que necesitará de la autorización judicial, y será en el caso de que el emancipado quiera enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

Otro de los supuestos por los cuales el hijo nacido fuera de matrimonio sale de la potestad será cuando cumpla su mayoría de edad que de conformidad con lo señalado por nuestra legislación al cumplir dieciocho años de edad se considera un ente con capacidad para adquirir derechos y obligaciones sin limitación alguna.

Como lo hemos anotado en líneas anteriores, no existe dispositivo legal expreso que regule de manera distinta la situación en comento, por lo que interpretamos se registrará por los mismos dispositivos establecidos para

los hijos nacidos de matrimonio, por lo que podemos decir, que existe la intención por parte de nuestro legislador de equiparar la situación de los hijos nacidos de matrimonio con los nacidos fuera de él, al no hacer la distinción en el artículo 412 de los hijos menores nacidos en matrimonio o fuera de él tal y como se establece en la exposición de motivos de nuestro Código Civil.

Por otro lado consideramos oportuno señalar, - que anteriormente, en el capítulo segundo estudiamos sobre el tema del presente inciso, es decir, sobre las personas que tienen la obligación de ejercer la patria potestad sobre un incapaz, por lo que no lo volveremos a repetir para no ser redundantes, y en seguida pasaremos a analizar el tema materia del presente trabajo.

IV.- CONTRADICCION DEL ARTICULO 415 EN RELACION A LOS ARTICULOS 380 Y 381 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

En el presente inciso expondremos nuestro particular punto de vista sobre el tema que es materia de la presente tesis, como lo es la situación que prevalece para los hijos nacidos fuera de matrimonio, puesto que como se desprende de nuestra propia legislación y en particular de los preceptos que regulan a la institución de la patria potestad para los hijos denominados extramatrimoniales o nacidos fuera de matrimonio y en virtud de que el artículo 415 nos remite a otros artículos, los cuales preveen situaciones completamente diferentes, disposición que resulta compleja por lo que se debe definir esa situación de acuerdo con la realidad jurídica exis-

tentes.

Antes de avocarnos al análisis y estudios del tema materia del presente trabajo es menester hacer inca pie en que la persona que ejerce la patria potestad sobre sus descendientes no pierde la misma por el simple hecho de dejar de vivir con el incapaz o menor de edad, en atención que hasta que se reclame la pérdida de esa patria potestad, el ascendiente que la ejerce continuará en el ejercicio de ella y para el supuesto de que se le reclame la pérdida de esa potestad debe colocarse primeramente en alguno de los supuestos comprendidos y previstos por nuestra legislación y una vez que se acredite -- cualquiera de ellos puede ser declarada la pérdida de la patria potestad.

Consideramos que en nuestro Código Civil se -- confunde lo que es la patria potestad con la custodia al remitirnos del artículo 415 a los artículos 380 y 381 ya que en el primero de ellos se establece que personas se encuentran debidamente facultadas para entrar al ejercicio de la patria potestad de incapaces menores de edad, que han nacido fuera de matrimonio y en los segundos se establece la regulación sobre la custodia de estos, luego entonces se confunde una institución con la otra, y consideramos como ya lo expusimos anteriormente puede -- darse una sin que exista la otra, es decir puede existir la patria potestad sin que sea necesario o indispensable tener la custodia del hijo.

De conformidad a lo anterior consideramos que es necesario se precise tal situación y más que nada se

diferencien ya que una es consecuencia de la otra.

Enseguida transcribiremos los artículos en comento para elaborar un análisis de los mismos y tratar de encontrar alguna definición al respecto.

Artículo 415.- "Cuando los dos progenitores -- han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381."

Artículo 380- "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerán su custodia ; y en caso de que no lo hicieren, el juez de lo familiar del lugar, oyendo a los -- padres y al Ministerio Público resolverá lo -- que creyere más conveniente a los intereses -- del menor."

De los preceptos transcrito se desprende que -- los padres podrán determinar quién ejerce la custodia -- del menor más no cual de los dos ejerce la patria potestad, en atención a que son cuestiones completamente diferentes, y sin que eso quiera decir que cualquiera de -- ellos no responderá a sus obligaciones que le impone la patria potestad, situación que debe ser regulada debidamente dentro del propio artículo 415, ya que regulada -- de esta manera se presta a malas interpretaciones por --

la confusión que puede llegar a presentarse.

Artículo 381.- "En caso de que el reconoci---
miento se efectuó sucesivamente por los pa---
dres que no viven juntos, ejercerá la custo---
día el que primero hubiere reconocido, salvo
que se conviniere otra cosa entre los padres,
y siempre que el juez de lo familiar del lugar
no creyere necesario modificar el convenio --
por causa grave, con audiencia de los intere---
sados y del Ministerio Público."

Al igual que en el artículo anterior, nuestro
legislador contempla una situación distinta a la patria
potestad, al establecer que ejercerá la custodia quién
haya reconocido primero al menor pero no nos define a -
quién corresponde ejercer la patria potestad en este su
puesto por lo que consideró se debería especificar pri-
meramente la cuestión de la patria potestad para con --
posterioridad y atendiendo a las circunstancias sean --
las propias partes quienes determinen quién quedará a -
cargo del menor o en su caso el juez de lo familiar re-
suelva.

Por otro lado considero que si bien es cierto
que existe contradicción respecto a los preceptos que -
se comentan, nuestro legislador al hablar propiamente -
de custodia establece que ejercerá la misma quién reco-
noce primero al menor pero nosotros nos preguntamos, --
que es lo que sucede si un menor es reconocido primera-
mente por alguno de los padres, pero en realidad quién

lo tiene a su lado materialmente es el otro, de ahí que a nuestro parecer se confunde a la custodia con la patria potestad.

Como ya lo hemos comentado, se debe distinguir lo que es la custodia y lo que es la patria potestad, -- por lo que proponemos se especifique claramente en que casos procede una y en que casos se entenderá que procede la otra, por lo que proponemos que los artículos 380 y 381 en lugar de hablar de custodia deberán decir patria potestad, para después separadamente regular a la custodia.

Por otro lado se dice que aunque los padres no esten unidos en matrimonio, tienen la obligación de cumplir como tales para con sus descendientes, es decir, -- cumplir con los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, ya que propugnamos por una debida regulación de la situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio, en atención a que ambos padres siempre y cuando hayan reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio ejercerán la patria potestad, aún en el caso de -- que ellos vivan separados, y como consecuencia de ello -- será que sólo el que se encuentre al lado del menor ejercerá la custodia de éste, pero ambos deberán contribuir con la educación y alimentación del menor de conformidad con sus propias posibilidades.

Los ascendientes de los menores que nacen fuera de matrimonio pueden vivir juntos o separados, en el primer supuesto no existe problema alguno en atención a que ambos ejercerán tanto la patria potestad como la cus

todía, ya que podemos considerar a la patria potestad -- como el género y a la custodia como la especie, en virtud de que al hablar de la obligación de quién ejerce la patria potestad, se habla de cuidado de la persona, de alimentación, educación e incluso de administración de sus bienes.

De conformidad a lo antes expuesto podemos concluir que la patria potestad es la figura jurídica debidamente regulada por nuestro legislador, más no así la custodia puesto que ella sólo se refiere al cuidado material que tiene una persona sobre otra menor de edad o incapacitada. Como lo hemos venido señalando a lo largo de la presente investigación la patria potestad implica el cumplimiento de las obligaciones inherentes a ella, es decir, al cumplimiento necesario para la subsistencia y manutención, educación de la persona que se encuentra facultada para ejercerlo.

Con el análisis de éste último inciso concluimos nuestra investigación, en la que propugnamos porque se regule debidamente a la institución de la patria potestad para los hijos habidos fuera de matrimonio, y aún más, para que desaparezca la infamante clasificación de hijos de matrimonio e hijos extramatrimoniales, y lo concerniente a la patria potestad tenga un enfoque general para los hijos sean unos ú otros.

CONCLUSIONES.

I.- La patria potestad a la que se ha sometido a los hijos, a lo largo de la historia ha sufrido grandes modificaciones y avances desde consistir en un derecho autoritario y benéfico para el padre como fué concedido en el Derecho Romano, hasta convertirse en nuestros días en un Derecho Social y protector de los hijos, en donde se establecen diversas sanciones a los padres que no cumplan con sus obligaciones de proporcionar a los menores los elementos necesarios para su desarrollo y subsistencia.

II.- Desde el estudio jurídico del Derecho Azteca hasta nuestros días, ha existido una notoria distinción entre los hijos nacidos dentro de matrimonio con los hijos nacidos fuera del mismo, en virtud de que desde el Derecho azteca se permitieron designaciones infamantes para los hijos extramatrimoniales, continuando esta en las diversas etapas de la evolución de nuestro sistema de derecho, y no es sino hasta 1917 en que se promulgó la ley sobre relaciones familiares en donde se consideró justo suprimir esas designaciones infamantes y en la actualidad nuestro legislador trata de equiparar a los hijos extramatrimoniales, otorgándoles iguales derechos y obligaciones que a los hijos que han nacido dentro del matrimonio, y no obstante a ello los hijos extramatrimoniales han ocupado un segundo lugar con relación a los hijos habidos de matrimonio.

III.- Se propone se regule y se equipare a los hijos nacidos fuera o dentro del matrimonio sin que se haga distinción alguna entre ellos, y para los efectos del ejercicio de la patria potestad, ésta sea ejercida por ambos protagenitores, sin que se deba establecer distinción alguna, como lo hace el artículo 414 del Código Civil al hablar de hijos de matrimonio, haciendolos cumplir con las obligaciones que establece nuestro propio Código Civil, para -- los efectos de otorgar mayor seguridad y beneficio a los menores que se encuentran en dicha situación

IV.- Proponemos se reforme el artículo 414 del Código Civil, párrafo primero, a fin de que se contemple en forma general a los hijos o en su defecto se maneje el término descendientes, sin que se establezca que sean o no de matrimonio porque en todo caso tal designación debería de ser para los padres, es decir, la situación en que se encontraban al momento de engendrar y concebir a su hijo. Debiendo -- quedar de la siguiente manera:

"EJERCERAN LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS HIJOS:"...

V.- También concluimos que en muchas ocasiones nuestro legislador equipara a la custodia y a la patria -- potestad, o las utiliza como sinónimos, sin embargo la primera es parte de la segunda, es decir, -- la patria potestad es el continente y la custodia es el contenido, siendo que ésta última es una -- obligación de detentar o poseer a un incapaz fisi-

ca o materialmente, por lo que proponemos se re-
normen los artículos 380 y 381 del Código Civil,
en el sentido de que debe de hablarse y especifi-
carse lo relativo a la patria potestad de los hi-
jos habidos fuera de matrimonio, puesto que el ar-
tículo 415 del ordenamiento anteriormente citado
nos remite a la custodia, ya que, como ha quedado
perfectamente establecido, dichas figuras jurídi-
cas son completamente diferentes, existiendo una
notoria contradicción entre dichos preceptos lega-
les, en virtud de que los padres de los hijos na-
cidos fuera de matrimonio ejercen la patria potes-
tad de sus hijos tengan o no la custodia de los -
mismos puesto que para el caso de que el padre --
que tenga la custodia según el legislador tiene -
la patria potestad, pero para el caso de que este
falleciera, quién ejerce la patria potestad del -
menor, la ejercerá el padre que sobreviva o los -
ascendientes, siendo una de las causas por la --
cual sustentamos que existe gran contradicción en
tre los artículos 415, 380 y 381 del Código Civil
por lo que proponemos se deje sin efecto dicha re-
gulación, estableciéndose que los padres de un hi-
jo nacido fuera de matrimonio ejercerá la patria
potestad, tenga o no su custodia y se les impon-
gan medidas eficaces para que den debido cumpli-
miento a sus obligaciones.

B I B L I O G R A F I A .

- | | |
|--|--|
| ALVAREZ SUAREZ, URCISINO | Horizonte Actual del Derecho Romano, Madrid 1946. |
| BONNECASE, JULIEN | Elementos de Derecho Civil Tomo I, Ed. Cárdenas Editores México 1985. |
| CASTAN TOBERAS, JOSE | Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo III, Derecho de Familia, Ed. Reus 5a. Edición Madrid . |
| COLIN, AMBROCIO Y H. CAPITANT. | Familia y Propiedad. Ed. Reus. Madrid 1942. |
| FERNANDEZ CLERIGO, LUIS. | El Derecho de Familia en la Legislación Contemporánea. |
| FLORES GOMEZ GONZALEZ --
FERNANDO Y GUSTAVO CARBAL MORENO | Nociones de Derecho Positivo Mexicano. Ed. Ediciones Universales, 9a. Edición, México 1973. |
| FOIGNET, RENE | Manual Elemental de Derecho Romano. |
| GALINDO GARFIAS, IGNACIO | Derecho Civil. Ed. Porrúa 4a. Edición México 1980. |
| GONZALEZ JUAN ANTONIO | Derecho Civil. Ed. Porrúa 6a. Edición. Ed. Trillas. México 1979. |
| IBARROLA , ANTONIO DE | Derecho de Familia. Ed. -- Porrúa. México 1981 |
| LOPEZ AUSTIN, ALFREDO | Constitución Real de México Tenochtitlan. |
| MANREZA NAVARRO, JOSE MARIA | Comentarios al Código Civil Español. Tomo II. Ed. Reus. Madrid 1944 |
| MARGADANT, F. GUILLERMO | El Derecho Privado Romano Ed. Esfinge. México 1980 |

MONTERO DUHAL, SARA	Derecho de Familia. Ed. -- Porrúa, 3a. Edición México 1987
MORENO, MANUEL	La Organización Política y Social de los Aztecas Mexi- co 1931
PETIT, EUGENE	Tratado Elemental de Dere- cho Romano. Traducción -- José Ferrandez González. - Ed. Nacional 9a. Edición. México 1951
PINA, RAFAEL DE	Elementos de Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa. V.I 1985
PLANIOL MARCEL Y JORGE RIPERT	Tratado Elemental de Dere- cho Civil. Familia y Matri- monio Vol. II. Ed. Cárde- nas México 1984
ROJINA VILLEGAS, RAFAEL	Derecho Civil Mexicano To- mo II. Derecho de Familia. Ed. Porrúa. 5a. Edición -- México 1980
RUGGIERO, ROBERTO	Instituciones de Derecho - Civil. Madrid 1931
SOHMM, RODOLFO	Instituciones de Derecho - Privado Romano. Trad. de - W. Roses
VAILLIANT, GEORGE C.	La Civilización Azteca Ed. Fondo de Cultura Económica México
VENTURA SILVA, SABINO	Derecho Romano. Ed. Porrúa 3a. Edición México 1975

L E G I S L A C I O N .

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

COMPILACION DE LEGISLACION SOBRE MENORES, 1986-1987 --
(DIF).

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

CODIGO CIVIL DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE --
1884.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y
PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL DE 1928.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL VIGENTE.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDE--
RAL VIGENTE.

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.