

ALEJANDRO LUGO FEREGRINO

**“LA PATRIA POTESTAD COMO
FUNCION SOCIAL”**

TESIS

PARA LA LICENCIATURA EN DERECHO

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

MEXICO, D. F.

1 9 6 6



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES:

SRA. REBECA FEREGRINO DE LUQUE,
con el inmenso cariño que toda mi vida
le he profesado.

LIC. Y SEN. EDUARDO LUQUE LOYOLA,
con mi más grande cariño,
admiración y respeto.

116843

A MI ESPOSA:

SRA. ROSA ELENA ALTAMIRANO DE LUQUE,
compañera y amor de mi vida.

A MIS HIJOS:

EDUARDO Y ALEJANDRO.

A MIS HERMANOS:

ERNESTO,
REBECA,
PATRICIA Y
FRANCISCO.

RESPETUOSAMENTE AL C. MINISTRO:

LIC. AGAPITO POZO,

Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

AL LICENCIADO Y SENADOR:

MANUEL MORENO MORENO

**Presidente de la Gran Comisión de la Cámara
de Senadores, con estimación y agradecimiento.**

**A MIS MAESTROS DE LA U.N.A.M.
FACULTAD DE LEYES.**

Con mi más sincero agradecimiento por las atenciones
recibidas en el curso de mi carrera, tanto en el aspecto
docente como humano.

**CON ESPECIAL ESTIMACION
A MIS MAESTROS:
LIC. FERNANDO CASTELLANOS TENA,
LIC. SALVADOR MONDRAGÓN GUERRA,
LIC. ABELARDO BACA MARTÍNEZ.**

**A MIS COMPAÑEROS
de la generación 1955.**

S U M A R I O

	Pág.
<i>Introducción</i>	15
Capítulo I	
<i>La Patria Potestad</i>	
Antecedentes Históricos	19
Derecho Comparado	21
Capítulo II	
Regulación de la Patria Potestad en Nuestro Derecho	33
Breve Advertencia	44
Casuales Para la Pérdida	48
Capítulo III	
<i>La Patria Potestad</i>	51
Naturaleza Jurídica de la Patria Potestad	53
Contenido de la Patria Potestad	55
Conclusiones	61
Bibliografía	67

INTRODUCCION

En este estudio de la Patria Potestad nos proponemos fundamentalmente llegar a establecer su naturaleza jurídica y ya desde el título del mismo anunciamos que debe ser caracterizada como una institución del DERECHO de Familia que desarrolla una VERDADERA FUNCION SOCIAL.

Admitimos desde luego que nadie mejor capacitado e imbuido de las mejores intenciones que los ascendientes, para dar satisfacción a la necesidad de procurar para los hijos menores, su felicidad, y para ello se encuentra establecida la institución.

La necesaria intervención de los padres para conducir la educación de los hijos, contribuir a su perfeccionamiento moral, se halla consagrado por la naturaleza antes que por la ley y en todas partes se ha respetado, aunque no hayan sido iguales sus condiciones en todos los pueblos.

Al examinar la evolución de la familia, es de hacerse notar la transformación que ha sufrido la patria potestad. Modernamente se ha substituido su antiguo fundamento, reemplazándose el tradicional derecho de rígida autoridad, por la noción de deber, como función en favor del hijo; principios que se extienden a la Filiación-extramatrimonial por la identidad del vínculo biológico paterno-filial, y a la adopción, dada su semejanza jurídica del vínculo que origina, con la relación natural de padre e hijo.

En la actualidad, la potestad no es susceptible de entenderse en su significado primitivo como la concibió

el Derecho Romano. Primeramente, no corresponde su ejercicio solamente al padre, sino también a la madre, e inclusive, a ulteriores ascendientes; no es ya propiamente una potestad familiar, sino una función tuitiva de carácter social y de interés público, en beneficio de los menores, y controlados por órganos de autoridades especiales, que aseguran y garantizan los derechos de estos, respecto de su persona y de los bienes que les pertenecen.

Los hijos por su parte, en este campo de relaciones paterno-filiales, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, la naturaleza misma aconseja el honor y respeto que deben a los padres, porque ello son una consecuencia necesaria de la dirección paternal que recibe el hombre desde los primeros años de la vida, por eso la ley permite acudir a la autoridad pública como un medio de refrenar la mala conducta de los hijos, haciéndoles conservar la reverencia debida a aquellas personas de quienes recibieron el ser ellos mismos o sus padres.

CAPITULO PRIMERO.
LA PATRIA POTESTAD.

I.—ANTECEDENTES HISTORICOS.

II.—DERECHO COMPARADO.

- a).—Sujetos de la Relación.
- b).—Su Ejercicio Tratándose de Hijos Matrimoniales.
- c).—Su Ejercicio Tratándose de Hijos Extra-Matrimoniales.
- d).—Efectos Personales.
- e).—Administración y Representación de los sujetos.
- f).—Terminación, Pérdida y Suspensión.

ANTECEDENTES HISTORICOS.

Antigua en verdad es la potestad que aparece como poder absoluto del Pater Familias en el primitivo Derecho Romano, autoridad absoluta que encuentra su explicación en el culto religioso del grupo familiar, en que el hogar es el centro y fuerza predominante en el grupo; dentro de él, la primera autoridad es el padre, que desempeña el importante papel de sacerdote del culto familiar.

Los primeros rasgos de esta institución se encuentran entre los Hebreos, los Persas, los Galos, en general, en los pueblos que han practicado el régimen patriarcal. En el Derecho Romano se caracterizó por ser una verdadera y rígida potestad ejercida por el padre de familia respecto de sus hijos de matrimonio y se extendió aún sobre los hijos de éstos.

La fuente principal de la potestad paterna es el matrimonio, o *justae nuptie*. Los hijos nacidos forman parte de la familia civil del padre, puede establecerse también por adopción y bajo los emperadores cristianos, por la legitimación.

El carácter principal de esta autoridad, escribe Petit, (1) es que tiene menos por objeto la protección del hijo que el interés del jefe de la Familia, en sus efectos esta potestad confiere al jefe de la familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, y que ejercía, al mismo tiempo que sobre la persona, sobre los bienes de los hijos. Tales derechos iban desde la ejecución de las penas más rigurosas sobre sus hijos, hasta

(1) Eugenio Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Saturnino. Madrid.

el extremo de tener sobre ellos poder de vida y de muerte, posibilidad de manciparlos a un tercero y abandonarlos.

Desde el punto de vista patrimonial, José Santa Cruz Tejeiro, (2) sintetiza los efectos de la autoridad paterna en este derecho, y así, nos dice que el hijo, como no puede primitivamente ser titular de derechos, es sólo un instrumento de adquisición en favor del padre, ya que todo lo que el hijo adquiera se entiende adquirido por el padre, y esta incapacidad del hijo solo resulta mitigada por la institución del Peculio.

Hacia el fin del II siglo de nuestra era, los poderes del jefe de Familia se redujeron a un sencillo derecho de corrección y a medida que se atenúa la rudeza de las costumbres primitivas, se vio también extinguirse lentamente la energía de la potestad paternal, lo que aconteció en una evolución en que paulatinamente se fueron tomando medidas que liberaron al hijo de tan extremo sometimiento; la ley de las Doce Tablas decidió que el hijo mancipado por tres veces fuese libertado de la autoridad paternal, en la época de Antonino Carcalla, la venta de los hijos se declaró ilícita, y fue permitida sólo en casos de verdadera necesidad, Dioclesiano prohibió la enajenación de los hijos de cualquier manera que fuese, venta, donación o empeño.

En nuestro derecho, en los códigos de 1870 y 1884, la patria potestad tiene por extremos, el derecho del padre y de la madre de educar a sus hijos, vigilarlos y corregirlos, así como administrar sus bienes, sin embargo el desempeño de la función no corresponde por igual, o sea conjuntamente al padre y a la madre, lo anterior como consecuencia de la desigualdad de derecho entre el varón y la mujer, y que priva en estos ordenamientos.

La Ley de Relaciones Familiares, contiene importantes innovaciones en la materia, al declarar en la

(2) José Santa Cruz Tejeiro. Manual Elemental de Instituciones de Derecho Romano. Madrid, 1946.

parte considerativa, que no tiene la patria potestad por objeto, el beneficiar al que la ejerce y se establece su ejercicio conjunto por los padres, y respecto de los bienes del hijo, suprimiendo la clasificación establecida por el Código Civil, la cual no era sino reminiscencia de los peculios que establecía el Derecho Romano y que no tenía más efecto que establecer beneficios en favor del padre, la administración del patrimonio del menor operará por acuerdo de los ascendientes que desempeñen la patria potestad, quienes en cualquier caso disfrutarán como remuneración por sus trabajos, de la mitad del usufructo de dichos bienes.

DERECHO COMPARADO.

La institución de nuestro estudio aparece con grandes variedades en las legislaciones del mundo, desde lo que ve al contenido, como por lo que toca a los efectos y formas de terminación, conviene entonces, resaltar las más acusadas semejanzas y diferencias que se encuentran entre los distintos sistemas jurídicos, a efecto de dar la ubicación que corresponda al derecho mexicano, ya sea entre aquellos que conservan reminiscencias de la primitiva concepción de la potestad, o entre los que han recogido las modernas orientaciones que han formulado los Juristas y Educadores más selectos. Finalmente nos proponemos, averiguar cuales son las experiencias que aportadas por los ordenamientos más avanzados, son de trasplantarse a nuestro medio.

Entre los pueblos septentrionales de Europa, la patria potestad, atenuada por la tradición Germana, nos dice Fernández Clérigo en su Derecho de la Familia en la Legislación Comparada (3), se caracteriza por constituir esencialmente una función protectora y de ayuda a los menores de edad, los códigos que siguen esta tendencia entre los cuales se destaca inicialmente el Austriaco, que se preocupa siempre de imponer deberes a los padres en

(3). Luis Fernández Clérigo. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada, página 278.

lugar de atribuirles enérgicos derechos, contribuyendo así, al desenvolvimiento de la personalidad de los menores.

Esta tendencia se acentúa en el moderno Código Civil Alemán, igualmente el Suizo participa de las más modernas orientaciones en la materia, y rumbos análogos se han ido marcando en la legislación Inglesa y en la Norteamericana, y más adelante han ido algunas otras legislaciones como la Soviética, que contempla a la autoridad paterna como una auténtica función social.

a).—En lo que respecta a los sujetos de la relación, tratándose de los que se encuentran sometidos a la patria potestad, generalmente todas las legislaciones comprenden a todos los menores de edad no emancipados, que tienen ascendientes, generalmente padre o madre y que no se hallan permanente o transitoriamente incapacitados o impedidos para el ejercicio de esta función.

La diferencia entre las legislaciones en esta materia, estriba tan sólo en que el límite impuesto para disfrutar de plena capacidad varía frecuentemente de un país a otro. Algunos sistemas jurídicos como el Español, si no prorroga íntegramente la patria potestad, más allá del límite de la menor edad, si deja subsistir ciertos efectos, como el necesario consentimiento de los ascendientes, para el matrimonio del hijo.

b).—En cuanto a la atribución que hace la Ley de la suma de deberes y facultades que corresponde cumplir y usar a quienes se encomienda el ejercicio de la patria potestad, nos encontramos importantes diferencias.

En el derecho Francés que conserva aún la influencia de legislaciones primitivas, asigna en principio y de manera exclusiva al padre, el ejercicio de la potestad, en los casos de disolución del matrimonio, a causa de culpabilidad del marido o en los de ausencia o incapacidad física o legal del mismo, la madre entrará en posesión de

los derechos inherentes, sin embargo, a pesar del carácter sustituto con que interviene la madre, ésta puede obtener que se prive a su compañero, de la potestad, dirigiéndose a los Tribunales, o cuando menos obtener que se dicten las medidas adecuadas para salvaguardar los intereses de los hijos.

Más rígido se muestra el Código Civil Español, que preceptúa que la patria potestad corresponde al padre, y, en su defecto, a la madre, reconociendo sólo a ésta, capacidad para el ejercicio de esta función sólo subsidiariamente con relación al padre, mientras éste viva y no esté incapacitado, a él sólo corresponde el desempeño de esta función, a la mujer únicamente en el caso de que el varón muera o se incapacite.

Clemente de Diego en su Institución de Derecho Civil Español, (4) encuentra que no obstante la disposición del ordenamiento Español que distingue a la madre para el desempeño de la patria potestad, ésta, afirma, no está totalmente, excluida de participar en la relación mientras el padre viva y sea capaz, ya que en las relaciones paterno-filiales, hay que distinguir las que miran al exterior y se hallan especialmente reglamentadas por el Derecho Social, y otras que miran al interior de la familia que participan más de cierto carácter ético, que en parte le sustrae a la reglamentación jurídica, ejemplo de estas últimas es el deber y el derecho de vigilar, aconsejar y dirigir a los hijos, queriendo decir este autor que el derecho no puede evitar la intervención materna en este tipo de relaciones.

No es feliz la distinción del tratadista Español y no justifica cabalmente la injusta discriminación de la madre, ya que lo que es cierto, es que la patria potestad como afirma Rafael de Pina, (5) tiene como substancia un contenido moral ético, y un contenido jurídico, y estos

(4). Clemente de Diego. Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo II.

(5). Rafael de Pina. Derecho Civil Mexicano. Vol. I.

aparecen perfectamente entrelazados, sin que ninguno de ellos pueda ser separado uno del otro, sin atacar a la naturaleza esencial de la institución.

El Código Civil Alemán, conoce de la patria potestad pero la atribuye solamente al padre, y en su artículo 1634 dispone que, “mientras dure el matrimonio, la madre, en concurrencia con el padre, tiene el derecho y el deber de cuidar al hijo, pero sin facultad de representarle. En caso de divergencia de opiniones es la del padre la que prevalece”. El derecho de la patria potestad pasa a la madre según este ordenamiento, cuando el marido muere, y cuando por los Tribunales es privado de dicha potestad.

En el derecho Suizo, se confiere de un modo conjunto el ejercicio a ambos progenitores durante el matrimonio, aunque en caso de discordia es la opinión del padre la que prevalece y decide, a los dos les corresponde la facultad de representar a los hijos menores.

El Código Soviético de la Familia asigna también conjuntamente la patria potestad al padre y a la madre en igualdad de condiciones, y en caso de desacuerdo, resolverá la autoridad de tutela, oyendo a los interesados.

c).—Más diversidad en la regulación encontramos en cuanto a las personas que ejercen la patria potestad de los hijos extramatrimoniales.

Una de las legislaciones más atrasadas es la Española. En efecto, sólo se ocupa de los hijos extramatrimoniales reconocidos disponiendo que estarán bajo la potestad del progenitor que los reconozca, ya por la vía del reconocimiento voluntario o que la paternidad resulte de sentencia que la declare. Nada dispone sobre los casos de reconocimiento conjunto, o sucesivo, por ambos padres; los Códigos de Cuba y Panamá concuerdan con España en esta materia.

Más completa es la regulación del Código Civil Francés que prevee, si el hijo está reconocido por uno solo de sus padres, éste ejercerá la patria potestad bajo la vigilancia del delegado del Consejo de Tutela “que es el Consejo de Familia de los hijos naturales”. En caso de reconocimientos simultáneos, el padre ejerce la patria potestad; la madre no la ejerce sino a la muerte del padre o cuando se producen las circunstancias en que la madre legítima tiene, durante el matrimonio, el desempeño de la patria potestad. Tratándose de reconocimientos sucesivos, se confiere a aquel de los padres que haya reconocido primero al hijo. El reconocimiento posterior del padre no modifica la atribución de la patria potestad a la madre, autora del primer reconocimiento, sin embargo, existe la regla de que, el Tribunal puede conferir la patria potestad, si lo exige el interés del hijo, a aquel de los padres que no esté investido de ella por la ley.

En el sistema jurídico Suizo, el Tribunal tutelar está facultado, según lo exige el interés del hijo, para confirmar la patria potestad al padre que haya reconocido, a cualquier de los progenitores si ambos lo reconocieron, o en última instancia, para no concederla a ninguno y nombrar al hijo un tutor. Debiendo camppear siempre el interés del hijo, en cuyo beneficio se encuentra instituida la patria potestad, los derechos de quienes la ejercen se justifican sólo en cuanto son necesarios para el cumplimiento de los deberes que corresponden, y es por tanto, plausible la forma en que se encuentra regulada en el sistema que examinamos. La legislación de Perú, sigue en gran parte las orientaciones de la Suiza.

Relevantes diferencias, presenta el sistema Alemán que no concede ni al padre ni a la madre la potestad del hijo nacido fuera de matrimonio, el primero carece de toda clase de derechos sobre el hijo, y en cambio se le impone serias obligaciones, la segunda sólo tiene a su cargo el cuidado del hijo, mientras esté bajo su custodia, se nombrará un tutor con la condición legal de

consejero, no tiene la madre tampoco el derecho de representación.

En la legislación Americana, los Códigos de Argentina, Brasil, Bolivia, Uruguay y Chile, se encuentra asimilada la relación de potestad sobre el hijo natural reconocido, a la que establece con respecto a los hijos de matrimonio.

El Código Venezolano en cambio, la atribuye a la madre que tendrá todos los derechos y deberes inherentes.

Por último, como en la legislación Soviética no existe distinción entre los hijos nacidos dentro y fuera del vínculo matrimonial, no hay por ende, distinción entre la guarda y cuidado de los hijos, respecto de unos y otros.

Por lo que hace a la adopción, como no la reglamentan los ordenamientos de Portugal, Argentina, no pueden contener reglas relativas a este asunto. En otros países como Rusia, Bolivia y Uruguay si bien la admiten y regulan, no otorgan un verdadero derecho de patria potestad a los adoptantes, se les da simplemente facultades tuitivas bajo vigilancia de los órganos relativos, y se produce la obligación limitada y recíproca de dar alimentos.

El Código de Venezuela admite conceder la patria potestad, en caso de que no vivan los padres naturales del adoptado; el Peruano y el Suizo que van de la mano frecuentemente, permiten que se limiten mediante convenio, los derechos del adoptante.

Los demás ordenamientos, tanto Europeos como Americanos, conceden a los padres adoptivos los mismos derechos que corresponden a los padres naturales.

d) Las consecuencias legales que derivan de la institución objeto de nuestro estudio, generalmente se

dividen en atención a las que dan respecto a la persona de los sometidos, y a las que se producen sobre los bienes de éstos.

No son muchos los ordenamientos que desenvuelven con amplitud las relaciones de tipo personal que integran la patria potestad y que se traducen en el desdoblamiento de derechos y obligaciones constitutivos de este vínculo jurídico.

En lo concerniente a la persona de los menores, la similitud de efectos en los distintos cuerpos de leyes, se presenta sólo en lo relativo a los alimentos que todos los Códigos estiman como una consecuencia de la patria potestad, a cargo de los padres, y a favor de los hijos, y el carácter recíproco de esta obligación alimentaria.

Como efecto personal el deber de educación e instrucción de los hijos, es reglamentado con detalle por el Código Suizo, el que prescribe que el padre y la madre deben educar al hijo en proporción a sus posibilidades, y si estuviera enfermo o fuera débil mental darle una instrucción apropiada a su estado; deben tener en cuenta los padres que dirigen la instrucción del hijo, sus aptitudes y vocación; avanza aún más este Código, ya que alude a la educación religiosa del menor, consignando que los progenitores deben hacerse cargo de ella, pero el hijo a los dieciseis años cumplidos, tiene el derecho de elegir por sí mismo su religión, cuidando de esta manera el ordenamiento en estudio, la libertad de conciencia del hijo. Los padres son además, los representantes del menor.

El sistema germánico se limita a disponer que el cuidado y la guarda de la persona del hijo comprende el derecho y el deber de educarle, vigilarle y fijar el lugar de su residencia. Comprende también este deber del cuidado, la representación del menor en asuntos personales, y la vigilancia que según los autores alemanes es en

parte un medio de educación, ya que tiene como fin evitar peligros al hijo.

Para el cumplimiento de la obligación de educar a los que se encuentran sometidos a la potestad, las leyes confieren a quienes la ejercen, lo que tradicionalmente se ha venido llamando derecho de corrección o disciplinario. En esta materia destacan por las medidas extremas que autorizan, los Códigos Español y Francés. El primero de ellos faculta a los padres a castigar moderadamente al hijo, pero se puede recurrir al auxilio de la fuerza pública en apoyo de la autoridad paterna, pudiendo lograrse hasta la detención del menor en establecimientos correccionales. El Francés se caracteriza además, por sistematizar las prerrogativas con que cuentan los padres para la corrección de los hijos menores, previendo para las diversas situaciones que se presenten medidas de distinta tesitura, hasta la posibilidad de recluir al insurrecto en un establecimiento correccional, por fortuna a partir de 1935 desapareció el primitivo derecho de encarcelación sin necesidad de que el padre explicara el motivo, fuente de innumerables abusos y de efectos contrarios, según lo admiten los autores franceses. Igual medida de reclusión a petición de él o los titulares de la patria potestad, consagran las leyes de Portugal, Argentina, Chile y Venezuela, las diferencias se reducen en cuanto al procedimiento y en cuanto al tiempo que puede durar la privación de la libertad del hijo.

El resto de las legislaciones se concreta a la concesión de facultades para la corrección moderada del menor, autorizando castigos leves, y permitiendo acudir al auxilio de la autoridad competente para lograr la imposición de la autoridad paterna, pero afortunadamente sin consagrar la injusta reclusión por todos motivos criticables.

e).—Tocante a la administración de bienes, efecto que según dijimos produce la patria potestad en relación con la persona del hijo, encontramos que el Código

Civil Francés otorga facultades a los padres, similares a las que da a los tutores; tienen por tanto los primeros una serie de limitaciones pensadas en atención a la protección del patrimonio del menor.

En el derecho Alemán, el padre debe obtener la aprobación del tribunal de tutelas para poder realizar actos jurídicos en nombre del hijo, y son aplicables también por analogía los artículos del Código relativo, que se refieren a la tutela.

Más previsor es el ordenamiento Hispano, que sólo por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización judicial, permite que se enajene o graven los bienes inmuebles del hijo. El Portugués es idéntico en ese sentido al Español.

Entre los Códigos Americanos, el Argentino utiliza un sistema minucioso, y establece los diversos casos y operaciones en que los padres no pueden enajenar, gravar, transferir derechos comprar etc. Contiene una elasticidad preferible, el Código del Brasil que consagra una fórmula más amplia para evitar la ruinosa administración, en ella cabe casi todas las operaciones para cuya realización es menester la autorización del Juez competente. El sistema Chileno y Colombiano, consiste en enumerar los negocios que no podrán efectuar los titulares de la potestad en su carácter de administradores sino es también con autorización; pecan estos Códigos, dice Fernández Clérigo en su obra ya citada, de falta de expresión, ya que limitan la prohibición en cuanto afecta a cargas y derechos reales, dejando en consecuencia campo abierto para establecer otros gravámenes tan importantes o más, respecto de los cuales no otorga protección.

El moderno Código Civil Peruano, consigna más acertadamente que los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer obligaciones que

excedan de la administración, salvo causas justificadas, conocidas y autorizadas por el juez.

Aparte de la representación legal, y de la administración de las propiedades del menor, es de capital importancia en lo que toca a esta materia, el usufructo legal sobre los bienes de los hijos.

El usufructo, que se deriva del Derecho Romano, es admitido con más o menos amplias excepciones por la mayoría de las legislaciones Europeas y Americanas, lo otorgan los Códigos de Francia, Italia, España, Portugal, Alemania, y Suiza, casi, todos los países de América Latina contemplan también esta figura en conexión con el patrimonio del hijo. No lo conceden el Código Austriaco, la legislación rusa, las leyes de los países escandinavos, las de Inglaterra y las de muchos Estados de Norte América.

f).—Finalizamos estas notas de Derecho Comparado, examinando la regulación que en los diversos cuerpos de leyes merecen, las causas que producen la terminación, pérdida y suspensión de la patria potestad.

En las causas naturales y normales que dan lugar a la terminación, las diferencias entre los códigos de los países, son bien escasos, y sólo la legislación francesa merece mención especial, ya que en ella la muerte de cualquiera de los padres, lo que supone que el menor puede ser seguramente poseedor de una fortuna explican los autores, el padre o la madre sobrevivientes ya no ejercerán la patria potestad en su extensión, sino simples funciones de vigilancia y cuidado, al quedar solo un progenitor interviene decisivamente un protutor y el consejo de familia. Entre las causas legales y automáticas de pérdida de la patria potestad, el derecho de este país se refiere a hipótesis, en que la conducta del padre, que es quien ejerce la potestad, es de tal manera grave por atentados morales y físicos en la persona de los hijos; consagra igualmente causas judiciales las que solamente pueden ser declaradas por

Tribunales del orden Penal y Civil; pero como las causas de la privación no son definitivas y tienen carácter de temporalidad, no señala el ordenamiento en cuestión causas específicas de suspensiones.

En Suiza, en este punto su sistema es parecido al francés, ya que no se establecen en ese país por el ordenamiento relativo, distinciones entre pérdida y suspensión. El Código del Brasil pertenece a este grupo que no admite la pérdida total de la patria potestad.

El que sí distingue con claridad los casos de pérdida, extinción y suspensión, es el Código Español, igual puede decirse del alemán.

CAPITULO SEGUNDO

REGULACION DE LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRO DERECHO

- a).—Sujetos.
- b).—Personas que la ejercen.
- c).—Reglas especiales para su ejercicio en caso de divorcio y adopción.
- d).—Breve advertencia.
- e).—Extinción, pérdida y suspensión.

El estudio de la patria potestad se lleva a cabo dentro del Derecho de Familia, no obstante la tendencia del Derecho Moderno a considerarla más que como una potestad familiar, como una función protectora de los menores no emancipados, expresa Flores Barroeta en su obra Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil (6), sin embargo, sigue explicando este autor, el análisis de la institución de nuestro estudio cabe dentro del Derecho de Familia porque la función de ejercer la potestad corresponde a los ascendientes de los menores, constituyendo así una de las consecuencias más importantes de la filiación.

De acuerdo con Planiol citado por el autor mexicano de que se habla en el párrafo anterior, la más correcta definición de la patria potestad es la siguiente: Conjunto de Derechos y facultades que la ley concede a los ascendientes sobre la persona y bienes de sus descendientes menores para el cumplimiento de sus obligaciones como tales (7), debiendo aclararse que el concepto anterior se ha cambiado en lo que se refiere a las personas que ejercen la Patria Potestad para adaptarla a nuestro Derecho, dado que el sistema francés no se refiere a ascendientes y descendientes, sino sólo a padres e hijos, pero de acuerdo con nuestra Legislación Civil no sólo corresponde a los padres, sino también a los ascendientes como se examinará más adelante y además, no sólo se ejerce respecto de los hijos, sino también respecto de ulteriores descendientes.

Nosotros podemos ensayar sobre un concepto en el que se reduzca la función de la Potestad, la que podría anotarse de la siguiente manera: "La Patria Potes-

(6) y (7). Benjamín Flores Barroeta. Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil. Op. cit. Págs. 431 y 432.

tad tiene por objeto la guarda y cuidado de la persona y bienes del menor no emancipado”.

a).—Siguiendo el orden de nuestro Código Civil, toda vez que en este capítulo se trata de hacer un estudio de la regulación actual en nuestro Derecho de la Patria Potestad, es obligado ocuparse primeramente de la capacidad, ya que el presupuesto fundamental para que se quede sujeto a la Potestad es precisamente el no gozar por parte de una persona de este atributo en toda su plenitud.

Para Bonnecase (8), la Capacidad es: “La aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial, y para hacer valer por sí misma los derechos de que esté investida”.

De la definición anterior podemos desprender las dos clases de capacidad que existen, capacidad de goce y de ejercicio. La primera está íntimamente vinculada con el concepto de personalidad jurídica, ya que toda persona por el hecho de serlo tiene capacidad de goce, o sea la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones, salvo limitadas restricciones que se traducen por tanto, en incapacidad de goce, como la de los extranjeros que no pueden adquirir bienes inmuebles en la llamada zona prohibida de conformidad con el artículo 27 Constitucional, pero no pueden darse casos de incapacidad total de goce, porque sería llegar al extremo de negar la personalidad misma. Sin embargo, no todas las personas pueden hacer valer por sí mismas los derechos de que son titulares y es el caso entonces, de hablar de la segunda forma de capacidad, o en su caso, de incapacidad de ejercicio. Para Castan Tobañas citado por Rafael de Pina (9), la capacidad de goce supone una posición estática del sujeto, mientras que la de ejercicio denota una capacidad dinámica, siendo la primera como observa Ferrara y recuerda el autor al

(8). Julien Bonnecase. Elementos de Derecho Civil. Tomo I, Pág. 232.

(9). Rafael de Pina. Derecho Civil Mexicano. Pág. 208.

que se acaba de citar, sigue diciendo de Pina, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la abstracta posibilidad de recibir los efectos del orden jurídico; la segunda, la capacidad de dar vida a actos jurídicos, de realizar acciones con efecto jurídico, ya produciendo la adquisición de un derecho u obligación, ya su transformación o extinción, ya su persecución en juicio.

De todo lo anterior concluimos que, quienes están sujetos a la Patria Potestad, tienen por supuesto, capacidad de goce, pero no cuentan en absoluto con la de ejercicio.

Las causas que originan la incapacidad a que se acaba de hacer referencia, son, según resumen Colín y Capitant (10) físicas, fisiológicas, patológicas y legales, la del menor de edad es una incapacidad natural y la ley se concreta a reglamentar y a sancionar este estado de cosas.

El artículo 450 del Código Civil, preceptúa que tienen incapacidad natural y legal: I.—Los menores de edad. El artículo 412 del mismo Ordenamiento dispone que: “Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la Patria Potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley”.

De lo expuesto se corrobora pues, que solamente están sujetos a la Patria Potestad los menores no emancipados, tomando en consideración la incapacidad de ejercicio que padecen.

Es clara la razón de esta incapacidad puesto que los menores de edad no tienen por este hecho, el discernimiento que se requiere para actuar libremente, dada la falta de experiencia y madurez necesarias para manejarse por sí mismos.

(10). Colín Ambrosio y H. Capitant. Curso Elemental de Derecho Civil. Pág. 8.

Como solamente son sujetos de la Potestad los menores no emancipados, es obligado referirse a la institución de la emancipación.

Colin y Capitant (11), consideran que la emancipación es "transición útil entre la minoría y la mayoría de edad, es el acto, dicen, que confiere al menor a partir de cierta edad el gobierno de su persona y una especie de semi capacidad, consistente en la realización de los actos menos peligrosos de la vida jurídica, así como el remedio a los inconvenientes de la representación".

En nuestro Derecho se establece quiénes pueden emanciparse, señalándose que el matrimonio del menor produce derecho a la emancipación, y aunque el vínculo conyugal se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor de edad, no recaerá en la Patria Potestad; por otra parte, los mayores de dieciocho años que estén sujetos a Patria Potestad, tienen derecho a que se les emancipe si demuestran su buena conducta y sus aptitudes para el manejo de sus intereses, los padres pueden emancipar a sus hijos si se encuentran en las condiciones últimamente mencionadas y siempre y cuando éstos den su consentimiento para su emancipación.

En el caso de la emancipación con motivo del matrimonio, es explicable que aún siendo menor quien lo contrae, salga de la esfera de control de la Patria Potestad, porque a su vez, con motivo del matrimonio asumirá nuevas y propias responsabilidades al fundar otra familia y con el advenimiento de los hijos será a su cargo en compañía de su consorte el ejercicio de la Patria Potestad sobre su descendencia. En el segundo caso, ya habíamos anticipado que la incapacidad de ejercicio del menor de edad se debe a su falta, normalmente, de aptitud para manejarse por sí mismo, y cuando ha demostrado su buena conducta y su aptitud para el manejo de sus intereses, su

(11). Colin y Capitant. Op. cit. Pág. 8.

pera esta limitación de incapacidad y se hace acreedor si así lo quiere a la emancipación, lo que significa según el artículo 643 del Código Civil, la libre administración de sus bienes, pero como se trata de un estado intermedio entre la capacidad y la incapacidad, o sea sólo un adelanto de la plenitud que para ejercer por sí mismo sus derechos que obtendrá a la mayoría de edad; o como lo dicen los autores que se acaban de citar párrafos arriba, la emancipación da oportunidad al menor de que gobierne su persona tratándose de los actos menos peligrosos de la vida jurídica, de aquí por consiguiente, aún necesite el emancipado el consentimiento del que lo emancipó a fin de que contraiga matrimonio antes de llegar a la mayor edad, requiriendo además, autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces y, finalmente, de un tutor para los negocios judiciales. Estas limitaciones se encuentran establecidas en el artículo 643 del Código Civil y en los dos siguientes, que no requieren mayor comentario, se establece que hecha la emancipación, no puede ser revocada y que tratándose de la emancipación que no tiene como motivo el matrimonio o sea que ésta opera automáticamente, se requiere que se decrete por el Juez y que la resolución correspondiente se remita al Oficial del Registro Civil para que se levante el acta respectiva.

Dos son los extremos del ejercicio de la Patria Potestad, la misma se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. El contenido de la misma no se examinará exhaustivamente en este capítulo, pues pertenece al siguiente en donde se asienta la tesis de que esta institución en nuestro medio, tiene carácter de función social.

En cuanto a las personas a quienes se confía el ejercicio de la Patria Potestad, diremos que nuestro Ordenamiento Civil con mucho acierto otorga el ejercicio conjunto en primer término, a los padres, y a falta de éstos a los ascendientes más próximos con el siguiente orden: Abuelos paternos y abuelos maternos.

Aunque nuestro derecho equipara a los hijos nacidos fuera de matrimonio con los que tienen el carácter de filiación legítima, tratándose de esta materia, en nuestra ley se regula el ejercicio de la Patria Potestad tomando en consideración las diferencias que puede suscitar su ejercicio por los padres que estén unidos o no en matrimonio, y así, cuando los progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, les corresponde a la vez la Patria Potestad, si viven separados y reconocen al hijo, en el acto del reconocimiento, convendrán cual de los dos la ejercerá. En caso de reconocimiento sucesivo por los dos padres que viven separados, el desempeño de la función le corresponde al primero que efectuó el reconocimiento.

Las reglas citadas encuentran su justificación en razón de las circunstancias especiales que concurren tratándose de hijos habidos al margen del matrimonio.

b).—Aparte también, es la regla que regula el ejercicio de la Potestad tratándose de la adopción. Esta bondadosa institución ha sido creada para resolver el problema que representa la carencia de descendencia natural, pone remedio a la deficiencia que tienen aquellos que por muchas circunstancias se ven impedidos para tener un hijo engendrado o concebido por sí mismos, y brinda a la vez a quienes no tienen la protección de un mayor, la oportunidad de encontrar acogida en un hogar del que carecen. Nuestro Derecho ha pretendido y con acierto, asemejar en todo lo posible un vínculo que se origina con la adopción, con respecto a la filiación que es la regulación entre ascendientes y descendientes, y en este orden de ideas, el hijo adoptivo está sujeto a la Patria Potestad que ejercen únicamente las personas que lo adoptan. La razón de esta regla se explica fácilmente al considerar que la adopción es originalmente, un acto enteramente voluntario del adoptante que desea arbitrarse un hijo y del adoptado cuyos representantes consienten en la adopción, o él mismo si ya tiene edad para ello, y no sería pues correcto que quienes

son ajenos a la adopción, vr. gr. los ascendientes del adoptante, recibieran por mandato de la ley la comisión de encargarse de la Potestad del hijo adoptivo de su descendiente, de tal manera pues, que la Patria Potestad en el caso de que tratamos, se aparte de las reglas generales establecidas para la descendencia derivada de la filiación y se restrinja únicamente al adoptante y al adoptado, como a ellos se restringe únicamente, el parentesco civil que se engendra con este vínculo.

Siguiendo adelante con la materia de personas que ejercen la Patria Potestad, hemos de hacer un llamado de atención respecto de la forma en que se distribuye la obligación entre los ascendientes cuando faltan los padres, la cual participa de la reminiscencia que tuviera el Código Civil cuando no concedía, sobre todo en materia de matrimonio, igualdad de trato a la mujer respecto del varón. En efecto, una vez que se otorgó por el ordenamiento civil, igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, quienes precisamente a propósito de ejercitar la Patria Potestad han de hacerlo conjuntamente y sin preeminencia un consorte respecto del otro, no se explica pues, cómo se establezca en nuestro Código que a falta de los progenitores la Potestad ha de recaer primero: en los abuelos paternos y sólo a falta o imposibilidad de éstos, en segundo orden por tanto, recaerá en los abuelos maternos. Nos parece más correcto que se diera oportunidad de intervención al Juez para que éste, ante la falta de los padres del menor, examinara cuales abuelos podrían por su condición, ejercitar con más éxito la función; además de desaparecer este trasunto de desigualdad con cargo a la mujer, pues afecta a sus padres, se contaría con un mejor sistema para que siguiendo el espíritu de la ley tutelar en esta materia, se resolvieran en mejor forma la Potestad del menor huérfano de ambos padres.

Siguiendo con la regulación de nuestro derecho positivo con respecto a confiar la guarda y cuidado de la persona y bienes del menor —que en ello hemos di-

cho se traduce la Patria Potestad— a las personas más idóneas, hemos de ocuparnos a continuación de los casos especiales que suscita el Divorcio.

El efecto fundamental del divorcio vincular que es el que contempla nuestra legislación, es sin duda, disolver el vínculo del matrimonio dejando a los hasta ese entonces consortes, en libertad de contraer otro nuevo, pero no terminan ahí las consecuencias que acarrea la disolución, pues se producen otros efectos que se pueden dividir en el siguiente orden; efectos respecto a los hijos y efectos respecto a los bienes. Ahora bien, los que se refieren a los hijos implican sustancialmente la suerte futura de los descendientes habidos en el matrimonio disuelto.

Desde luego que la reglamentación de la Patria Potestad en la materia de que hablamos, debe atender a las condiciones difíciles que tienen lugar con la separación de los padres y si el Divorcio ha sido definido como un mal necesario, en este orden de ideas, tenemos que convenir que no es y no ha sido fácil para el legislador, sortear tan grave problema tomando en cuenta que su solución en nuestro medio ha sido en verdad afortunado.

Josserand, (12) apunta cuáles deben ser las directrices para resolver el problema y aconseja que no debe privarse a los hijos de un matrimonio divorciado de ninguna de las ventajas que les confieren las leyes; en segundo lugar, los padres no deben ser eximidos de ninguna de las cargas que les impone su calidad de ascendientes, y, finalmente, la guarda de los hijos deberá cumplir siempre con las finalidades superiores de procurar la mejor asistencia y bienestar de los menores.

A pesar del principio general de que el cónyuge que es declarado culpable, pues su conducta atentó contra los deberes matrimoniales y puso fin a la unión, es

(12). Louis Josserand. Derecho Civil. Pág. 187.

suspendido en el ejercicio de tan importante función y por razones obvias, el principio o regla general decíamos, puede sufrir una excepción; casos hay en que el menor debe ser confiado al consorte culpable por su tierna edad y por requerir de los cuidados de la madre. Van más lejos aún Colín y Capitant (13), quienes señalan que puede confiársele la guarda del hijo al consorte que dio causa a la separación, partiendo del supuesto de que un mal esposo o esposa, no es necesariamente un mal padre o una mala madre.

c).—Al examen de nuestra Legislación Civil encontramos tres reglas que agrupan las soluciones que en materia de divorcio necesario ofrece nuestro Código.

En la primera regla se tiene que el divorcio que tenga lugar con base en las siguientes disolventes como son: Adulterio probado de uno de los cónyuges; el hecho de que la mujer dé a luz a un hijo concebido con anterioridad al matrimonio y que sea declarado judicialmente ilegítimo; la propuesta directa o indirecta por parte del marido para prostituir a la mujer; la incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para que cometa un delito; actos inmorales de los consortes que corrompan a los hijos o la tolerancia en su corrupción; separación por más de seis meses de la casa conyugal sin causa justificada; comisión de delito infamante que merezca más de dos años de prisión, y por los hábitos de juego, embriaguez, uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenacen causar la ruina de la familia y originen continuas desavenencias en el hogar, tratándose de estas causales anticipamos, la disposición ordena que los hijos quedarán bajo la potestad del cónyuge inocente, y si fueran los dos culpables, quedarán los menores bajo la Patria Potestad de los ascendientes que corresponda y al no haberlos, se procederá a nombrar tutor.

(13). Colín y Capitant. Ob. cit. Pág. 46.

La segunda regla se puede formular de la siguiente manera: tratándose de los supuestos de concesión del divorcio contemplados en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267 del Código Civil, quedarán bajo la Patria Potestad del cónyuge que no dio lugar al divorcio, pero a su muerte el otro la recuperará, si los dos han dado causa al divorcio, ambos será suspendidos en el ejercicio de la Patria Potestad, hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el sobreviviente, entre tanto los ascendientes correspondientes o a falta de ellos un tutor que se nombre, se harán cargo de la custodia.

La tercera regla, es en los siguientes términos: tratándose de las causales contenidas en las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano conservando el cónyuge enfermo sus derechos sobre la persona y bienes del menor.

BREVE ADVERTENCIA

d).—Nos abocaremos a continuación al estudio de las causas de pérdida y suspensión de la Patria Potestad, ya que alteramos el orden de este estudio que venimos siguiendo de conformidad con el sistema del Código Civil, en razón de que, como ya se ha anticipado, el estudio del contenido y de la naturaleza jurídica de la Institución de nuestro interés, constituye precisamente la esencia de nuestro pensamiento y por ende, en el Capítulo Tercero siguiente, estas cuestiones se estudiarán en su integridad con el rubro de Patria Potestad como FUNCION SOCIAL.

Nuestro actual Código vigente de 1928, enumera tres causas por las que la Patria Potestad se extingue o acaba:

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

Los tres motivos listados, son los que habitualmente figuran en las diversas legislaciones y también aparecen en los artículos respectivos de nuestros anteriores Códigos de 1870 y 1884 (artículos 415 y 388 respectivamente).

Algunos tratadistas consideran entre las causas de extinción de la Patria Potestad, la muerte del menor sobre quien se ejerce, no mencionada en nuestro Código, quizá por lo evidente que resulta. Este motivo, la muerte de los padres o ascendientes y la mayor edad del hijo, se clasifican como causas naturales; como causas legales se consideran la emancipación y la adopción, que algunos incluyen, aunque esta última no significa una terminación de la Patria Potestad, sino el traslado, la trasmisión de ese derecho al adoptante o adoptantes (14).

La fracción tercera del artículo 443 señala la terminación de la Patria Potestad por la mayor edad del hijo, lo que constituye una causa natural y es oportuno mencionar aquí la observación de Portalis, quien dice que la institución cesa sólo en sus efectos civiles, pero "el respeto y la gratitud continúan exigiendo miramientos y deberes que el legislador ya no ordena; la deferencia de los hijos hacia los autores de sus días es entonces obra de las costumbres, más bien que de las leyes" (15).

e).—CAUSAS DE SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.

El Código Civil de 1870 consignaba en el artículo 418 las causas de suspensión de la Patria Potestad, en la siguiente manera:

- 1.—Por incapacidad declarada judicialmente en los casos 2o. y 3o. del artículo 431.

(14). L. Fernández Clérigo. Obra citada. Pág. 327.

(15). Citado por F. Laurent. "Principios de Derecho Civil Francés". Tomo IV. Pág. 430.

- 2.—En el caso 1o. del artículo 432 en cuanto a la administración de los bienes.
- 3.—Por ausencia declarada en forma.
- 4.—Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Analizando la fracción primaria del artículo 418, vemos que el 431 a que alude establece que tienen incapacidad natural y legal...

I.—Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos.

II.—Los sordomudos que no saben leer ni escribir. Es decir para la suspensión en el ejercicio de la Patria Potestad era necesario, aparte del padecimiento (demencia, idiotismo, imbecilidad, sordomudez, acompañada de analfabetismo) la declaración judicial de incapacidad.

La fracción segunda del artículo que venimos examinando señalaba la suspensión solo en lo que veía a la administración de los bienes. El caso primero que mencionaba el artículo 432 se refería a la incapacidad legal de quienes eran declarados pródigos conforme a las leyes. De acuerdo con el propio Código de 1870 en sus artículos 472 y 475 se precisaba la prodigalidad diciendo que “consiste en la profusión y desperdicio de la hacienda propia, gastando de modo que se consuma más de lo que importen las rentas o utilidades de los bienes, en cosas vanas e inútiles” o “disipación de bienes en juego, embriaguez y prostitución”. Resumiendo, se suspendía al declarado pródigo en la administración de los bienes del menor, seguramente como medida precautoria.

En los Códigos de 1884 y 1928 se suprimió esta fracción segunda del artículo 431, obedeciendo a que se suprimió igualmente la interdicción por prodigalidad a que hacía referencia (16).

El tercer motivo de suspensión de la Patria Potestad es la ausencia declarada en forma, para lo cual habrán de cumplirse los requisitos que la ley exige, nombramiento de representante del ausente, si no lo hay, transcurso de los plazos que legalmente son indispensables y finalmente el fallo en el juicio respectivo. Como el procedimiento relativo es prolongado, interesa a nuestro tema lo dispuesto por el artículo 651 del actual Código vigente que prevé que si el ausente tiene hijos menores bajo su potestad y no haya ascendiente que deba ejercerla, ni tutor sea testamentario o legítimo, deberá el Ministerio Público promover lo conducente para el nombramiento de quien los represente.

Como cuarto motivo de suspensión en el ejercicio de la Patria Potestad, se mencionaba en el Código de 1870, la sentencia condenatoria que la impusiera como pena y en el caso debe considerarse lo dispuesto por los artículos 271 y 240; el artículo 271 ordenaba que el cónyuge que diera causa al divorcio, perdería todo su poder y derecho sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente; pero lo recobrará muerto éste, si el divorcio se ha declarado por las causas 3a., 5a. y 6a. señaladas en el artículo 240. Las causas mencionadas se referían a la legitimidad del divorcio y concretamente la tercera: a la incitación a la violencia, hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no fuese incontinencia carnal; la quinta: al abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años y la sexta: a la sevicia del marido con su mujer o de ésta con aquel. Es decir, condicionada la suspensión a que el divorcio obedeciera a las causales citadas y a la muerte del

(16). Miguel S. Macedo. Datos para el Estudio del nuevo Código Civil del D. F. y Territorio de la Baja California. 884. Pág. 58.

cónyuge inocente. Además Ricardo Couto juzga que hay delitos graves que afectan a la moralidad y constitución de la familia y cometidos por un padre o ascendiente, ameritarán, por vía de pena, la pérdida de la Patria Potestad, pero tratándose de delitos menos graves sólo deberá dictarse la suspensión (17).

Los motivos de suspensión de la Patria Potestad en los Códigos de 1884 y 1928 (artículos 391 y 447) son idénticos; incapacidad declarada judicialmente, ausencia declarada en forma y sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión.

CAUSALES PARA LA PERDIDA

La pérdida de la Patria Potestad supone, según el concepto que de ella da Ricardo Couto “que de un modo definitivo deja de pertenecer a una persona, sin que la pérdida implique una extinción de aquel derecho más que con relación a la persona que lo ha perdido”. (18).

El artículo 444 del Código Civil vigente de 1928, incluye cuatro fracciones, al enumerar los motivos para la pérdida de la Patria Potestad, en la forma siguiente:

- I.—Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.
- II.—En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283.
- III.—Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o

(17). Ricardo Couto. Obra citada. Pág. 341. Tomo II.

(18). Ricardo Couto. Obra citada. Tomo II. Página 326.

abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;

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

Notamos aquí, en relación con los artículos similares de los Códigos de 1870 y 1884, que en el Código vigente, hubo una ampliación de las causas por las que se puede sancionar a los padres o ascendientes con la pérdida de la Patria Potestad. En cuanto a la parte primera de la fracción inicial, puede aquí reproducirse lo dicho por Couto respecto a los Códigos de 1870 y 1884 que mencionamos al principio de este capítulo. Dentro de la legislación penal vigente los artículos 201, 202 y 203 fijan las sanciones para quienes cometen el delito de corrupción de menores o los emplean o permiten que laboren en cantinas, tabernas o centros de vicio, duplicando las sanciones si el delincuente es ascendiente, padrastro o madrastra del menor y agregando la privación del derecho a los bienes del ofendido y la pérdida de la Patria Potestad sobre todos sus descendientes.

Veamos en otra parte de este trabajo, que las lesiones causadas en el ejercicio del derecho de corrección no son punibles, si no ponen en peligro la vida del ofendido y tardan en sanar menos de quince días y además no haya frecuencia y crueldad en el ejercicio del derecho. A este propósito, el artículo 295 del Código Penal, suponiendo que no intervienen las premisas anteriores, señala “En cualquier otro caso se impondrá al delincuente la sanción que corresponda con arreglo a las prevenciones anteriores y quedará además privado de la potestad en virtud de la cual tenga el derecho de corrección”.

En cuanto al abandono, el artículo 335 del Código Penal ordena: "Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse por sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión si no resulta daño alguno, privándolo además de la Patria Potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido".

La parte segunda de la fracción primera del artículo 444 del Código vigente, sanciona con la pérdida de la Patria Potestad al que haya sido condenado dos o más veces por delitos graves. Si al comentar disposiciones del Código Penal en los párrafos que anteceden, notamos que las sanciones obedecen a daños de cualquier otro tipo, moral o material, causados en la persona de los menores, debemos entender que la referencia a delitos graves que contiene el artículo que comentamos, implica que los hechos punibles cometidos pueden no perjudicar directamente a la persona o los bienes de los menores, pero su importancia indirectamente resultará nociva para ellos, por el ejemplo corruptor que quizá influya torcidamente sus inclinaciones o por la educación impropia que proporcione el delincuente a los descendientes bajo su Patria Potestad. Por delito grave, además debemos entender el que suponga la privación de la libertad, sin que alcance el beneficio de la condena condicional, y que tenga el carácter de intencional.

La suspensión y pérdida de la Patria Potestad, tratándose del divorcio, ya la hemos estudiado anteriormente a propósito de la distribución de la custodia en los casos de disolución del matrimonio y sería ocioso consignar las causas de pérdida y suspensión de nueva cuenta.

CAPITULO TERCERO
LA PATRIA POTESTAD:
NATURALEZA JURIDICA
Y
FUNCION SOCIAL

Cuanto en verdad ha evolucionado la Patria Potestad, antigua institución que dio oportunidad al padre de ejercer en la primera época del Derecho Romano, derecho de vida y muerte sobre aquellos que estaban sometidos a ella. Pero aún en la segunda etapa del referido Derecho Romano, la reglamentación de la Potestad fue sobre bases de severidad que siguieron permitiendo al padre mantener una autoridad férrea como Jefe de la familia; aún más, ello permitió mantener la unidad familiar constituyendo el grupo una asociación fuertemente estructural y unida, al grado de ser no únicamente un conjunto de personas unidas por razón del parentesco, sino una entidad de carácter político, económico y religioso al ser el Padre el Jefe del Culto Familiar.

De aquella época al presente, la historia de la institución familiar de nuestro interés ha registrado una transformación. En efecto, aún en las legislaciones más conservadoras como la española el excesivo rigor aparece atenuado; el antiguo derecho de corrección llevado autorizadamente al extremo de imponer al hijo sanciones con riesgo de su vida o sufriendo lesiones considerables, ha sido mantenido como derecho de ejercicio moderado y al rebasar los límites, quien ejerce la potestad, de la prudencia con que puede imponer castigos, se hace reo del delito de lesiones. Mucho ha perdido pues, la primitiva concepción de Potestad Romana, para ganar por fortuna una reglamentación adecuada a las naturales relaciones entre descendientes y ascendientes.

Como apuntamos al principio del Capítulo Segundo, la función de vigilancia y protección de los menores por parte del estado, ha venido ampliándose al grado de dictarse diversas leyes tutelares para dicho propósito de

extender el estado su protección a los menores; a pesar de lo anterior, siendo la Patria Potestad una de las consecuencias más importantes de la filiación, su regulación se incluye dentro del Derecho de Familia y en atención al derecho familiar es que hemos de estudiar su naturaleza jurídica.

NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

Para algunos autores, la Patria Potestad sigue siendo un Derecho que tienen los Padres para Formar y corregir a sus hijos, o más ampliamente, una atribución de los ascendientes para lograr la formación cabal de los descendientes, el derecho deviene, se origina, de la idea de la relación natural que tiene unidos a los menores con sus progenitores o con los abuelos.

Nosotros pensamos que a la luz de nuestra legislación no podemos hablar de un derecho en estricto sentido. Ciertamente, si revisamos la reglamentación que hace nuestro Código Civil de la Patria Potestad, encontramos, dice Flores Barroeta (19), que el capítulo respectivo solo contempla un nutrido catálogo de obligaciones. Como lo confirmaremos más adelante, es la reglamentación de que hablamos por tanto, el conjunto de cargas impuestas a quienes ejercen la potestad, y si bien es cierto, que se les conceden derechos a los ascendientes, como el ya mencionado derecho de corrección, no menos cierto es también, que tales derechos se otorgan para hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, de tal suerte que no dudamos en caracterizar la Patria Potestad como una obligación, la que corre a cargo de los ascendientes que han de cumplir el deber de guardar y cuidar la persona y bienes del menor.

No debemos de pasar por alto la reflexión que se ha hecho en relación con la evolución de la Institu-

(19). Benjamín Flores Barroeta. Op. cit. Pág. 423.

ción, sobre todo por lo que hace a la disminución del rigorismo que a través del derecho concedido a los ascendientes, existía en la antigua concepción de la potestad.

La duda se plantea en los siguientes términos: actualmente es alarmante la proliferación de los delincuentes juveniles, mejor llamados menores infractores, personas precisamente aún sujetas a la Patria Potestad, mayores son las proporciones que toma cada día, lamentablemente, el llamado pandillerismo juvenil y los desmanes que en todos los órdenes cometen los menores, a quienes por su condición se les ha denominado como jóvenes desorientados, o por la postura que han asumido de oposición injustificada, "Rebeldes sin Causa", y se piensa en qué medida tienen responsabilidad los padres o ulteriores ascendientes en este estado de cosas. Indudablemente que los padres son en una gran medida responsables, pero la esencia de la reflexión de que nos ocupamos estriba en averiguar si precisamente la falta de apoyo legal a quienes tienen autoridad sobre los menores, será la causa de que no puedan; no están logrando mantener el orden y la disciplina por la atenuación del derecho de corrección y la concepción de que los ascendientes están al servicio del menor.

No creemos consistente lo argumentado anteriormente, porque en primer término, son muchas y muy variadas las causas meta-jurídicas que han originado la desordenada conducta de los menores, la amenaza que se cierne sobre un mundo en el que el hombre ha fabricado las armas de su propia destrucción, el culto a los bienes materiales, el trastocamiento de valores, etc., han originado un mundo en crisis a cuya influencia no han podido sustraerse los jóvenes de nuestro tiempo; y en segundo lugar, el problema en favor de la moderna concepción de la Patria Potestad, se resuelve invirtiendo los términos de su planteamiento, esto es, no debe contemplarse desde el ángulo de carencia de derechos y falta de autorizada rigurosidad de los ascendientes, sino desde el propio campo del conjunto de obligaciones que estos tienen, ¿no acontecerá

que no se ha cumplido cabalmente con la carga impuesta? seguramente que así sucede y no es cuestión de más atribuciones, sino de estricto cumplimiento con los deberes impuestos. Lo anterior, por supuesto, en lo que a la ley concierne para solucionar el problema de formación de los menores, pues hay que descartar los ya tratados elementos ajenos al Derecho. Nos pronunciamos pues, por la bondad de la actual concepción de la Patria Potestad, como catálogo de deberes de los padres o ulteriores descendientes.

CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD

Los hermanos Mazeaud (20), al examinar el contenido de la Patria Potestad, encuentran primeramente la obligación de guarda y dicen que están obligados quienes ejercen la potestad a guardar al hijo y les está prohibido abandonarlo, aunque la ley penal solo castiga la dejación cuando se pone en peligro la vida del menor, porque se dependa de ellos la subsistencia.

Nuestro Código Civil al respecto preceptúa en el artículo 413, que el ejercicio de la Patria Potestad queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley Sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal, de donde se desprende que la guarda es una parte del contenido de la Potestad, para ello dispone también el Código Civil, que los hijos mientras estuvieren bajo la Patria Potestad no podrán dejar la casa de los que ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

Sobre lo anterior opina Planiol (21): "Objeto de este derecho.—La guarda de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres. El padre guardián de su hijo, puede, por tanto, obligarlo a que habite con él y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la

(20). Henri León y Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Pág. 94.

(21). Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil. Pág. 262.

fuerza pública. El hijo menor no emancipado carece de derecho para abandonar el domicilio paterno, salvo cuando ha cumplido 20 años y se trate de darse de alta en el ejército.

Esta obligación del hijo hace que se le atribuya, como domicilio legal el domicilio de su padre, puesto que no puede tener otra residencia.

Sanción del derecho de guarda.—Si alguna persona roba al hijo, o lo detiene contra la voluntad del padre, éste tiene derecho a reclamarlo judicialmente. En caso de urgencia, es procedente una acción parecida a la reivindicación, y puede ejercitarse contra cualquiera persona en cuyo poder se encuentre el hijo.

Caracteres del derecho de guarda.—Carácter obligatorio.—La guarda de los hijos no sólo es un derecho para los padres; al mismo tiempo es para ellos una obligación de la que en principio no pueden liberarse. Actualmente se considera como delito (art. 348 a 353 C, Pen. reformados por la Ley del 7 de abril de 1899, el abandono de infante, admitido en las legislaciones antiguas). Sin embargo en la práctica ha sido necesario mostrarse tolerante por temor de provocar infanticidios. Por ello el decreto del 19 de enero de 1811 estableció el sistema de los tornos, aparatos móviles que permitían depositar a los niños en los hospicios sin ser visto. Los tornos comenzaron a cerrarse a partir de 1823; pero públicamente se practica la entrega de los menores a los hospicios”.

Incredibilidad de la guarda.—Por mucho tiempo la guarda del hijo se consideró como un atributo no cedible de la Patria Potestad. Los padres que habían abandonado a sus hijos podrían reclamarlos posteriormente a la Asistencia Pública o a las personas caritativas que los hubiesen recogido y educado, todo esto sin estar obligadas a pagar gastos de educación.

La Administración de la Asistencia Pública hizo vanos esfuerzos para oponerse a estas reivindicaciones

tardías, siempre sospechosas y perjudiciales para los hijos; la acción de los padres es imprescriptible. La Asistencia hubiera querido obtener la creación de un contrato de desapoderamiento en su favor, que le transfiriese la guarda definitiva del niño.

Siguiendo con la revisión del contenido de la Potestad tenemos que además de la guarda, ha de proveerse a proporcionar alimento y educación. Los alimentos son entendidos como la obligación que abarca la comida, el vestido, la educación y la asistencia en casos de enfermedad. En una palabra, los ascendientes han de cumplir con la carga de lo que Planiol (22), llama la obligación de sostenimiento del hijo expresando:

“Importancia y objeto de esta obligación.— La educación de los hijos no se realiza sin gastos, siendo ésto a cargo de los padres; la obligación pecuniaria es la más pesada de las que tienen que soportar los padres; insignificantes son, en comparación con ella, los cuidados que requiere la persona del hijo. Cuando la familia llega a ser numerosa, la obligación de sostenimiento y educación de los hijos es agobiadora para los padres.

La obligación de los padres comprende los gastos de toda clase que origina la presencia del hijo: alimentación, vestido, casa, gastos de enfermedad, etc. Comprende también los gastos de educación, y se impone a los padres la obligación de educar a sus hijos. Educar a un hijo, es, ante todo, instruirlo, o por lo menos darle la instrucción elemental sin la cual el hombre está mal preparado para ganarse la vida en las sociedades modernas. Por ello, ha podido sostenerse, con razón, que el artículo 203 C. Civ. contenía el principio de la instrucción obligatoria y que la ley del 28 de marzo de 1882 sólo aparentemente es innovadora. El Derecho actual es aún menos exigente que el Código, puesto que la enseñanza primaria gratuita ha brin-

(22). Marcel Planiol Op. cit. Pág. 271.

clado a los padres un medio de cumplir su obligación sin que por su parte tenga que efectuar gastos. Pero las leyes administrativas modernas, de 1881 y 1882, convirtieron en realidad lo que no era sino un principio teórico, inscrito en el Código Civil, y que en la práctica no se observaba. Actualmente se llega a la enseñanza secundaria gratuita”.

Además de las anteriores obligaciones que hemos comentado y que robustecen nuestro ya expresado punto de vista de que la potestad sólo acarrea para quienes la ejercen, una serie de deberes, y explicadas aquellas que se refieren a la guarda, alimentos y educación del menor, tenemos por otra parte, las que atañen a la representación legal.

El autor que venimos citando (23) da noticia en el sentido de que: Se llama Administración legal a la facultad de administrar los bienes del hijo, cuando los tiene, siendo confiada esta facultad por la ley al padre.

Caso en que es necesaria.—Es raro que un hijo menor tenga bienes personales mientras viven sus dos padres; ordinariamente no gana nada, y cuando en la familia se abre una sucesión, es recibida por el padre o la madre, según la línea de donde procede, ya que los padres necesariamente son parientes más próximos del difunto que los hijos. La primera sucesión que un menor puede recibir es la del primero de sus padres que fallezca. Ahora bien, cuando muere uno de los padres, se abre la tutela. Por consiguiente, en la mayoría de los casos, no es necesario proveer a la administración de los bienes de un menor antes de la apertura de su tutela.

Sin embargo, es posible que el hijo tenga una fortuna propia, en vida misma de sus padres. En primer lugar, puede recibir directamente una donación o un legado. Puede también adquirir bienes por sucesión al intestar; para ello basta que un hermano muera mientras aquél

(23). Planiol Op. cit. Pág. 282.

es menor, dejando bienes personales, pues su herencia en este caso se divide entre sus padres y hermanos. En estas hipótesis es necesario saber quien y como ha de administrar la fortuna del menor, ya que aún no se abre la tutela.

En nuestro medio el artículo 427 del Código Civil determina que el titular o titulares de la Patria Potestad deberán representar a los hijos en juicio.

Como se desprende de la revisión que hemos practicado en los párrafos anteriores, la ley no impone a los titulares de la Patria Potestad sino una serie de cargas y deberes consistentes en síntesis, en la guarda y cuidado de la persona del menor, su sostenimiento, su educación, su representación y la administración de sus bienes, lo que permite robustecer nuestro punto de vista de que la Patria Potestad es sólo una obligación y aunque se tenga por quienes la ejercen el derecho de corregir a los menores en forma moderada, esta atribución no se explica sino en razón de la necesidad de que los titulares tengan autoridad para que puedan cumplir con las obligaciones que tienen; el artículo 423 del Código Civil preceptúa que los que ejercen la Patria Potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente y en ello deben auxiliarlos las autoridades.

El que la Patria Potestad sea una obligación no es sólo porque el Legislador haya considerado que los ascendientes están obligados para con los menores, sino porque al Estado interesa fundamentalmente la formación del futuro ciudadano y la misma se ha confiado a quienes mejor pueden contribuir a cumplir con esta misión, y en este orden de ideas tenemos entonces que el sistema de reglamentación de la Institución de nuestro estudio obedece al deseo de que los menores sean formados para ser elementos útiles a la colectividad y así es entonces, que la Institución de que nos ocupamos está concebida y normada para desempeñar una función social, que es como se repite, la formación de los futuros ciudadanos del país y durante la etapa más crítica de su vida.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.—La patria potestad aparece cabalmente regulada, en el antiguo Derecho Romano y bajo el concepto de derecho omnímodo concedido al padre para mantener una severa autoridad como jefe de la familia, la que, constituía una unidad política, económica y religiosa fuertemente vinculada.

SEGUNDA.—En el propio Derecho Romano y en el resto de las legislaciones del mundo, el concepto fue evolucionando pero siempre manteniendo la idea de que la Patria Potestad constituía un derecho confiado a los Progenitores (especialmente al varón), atemperándose la rigidez para su ejercicio.

TERCERA.—En cuanto a la naturaleza jurídica de la Patria Potestad, nos pronunciamos por caracterizarla como una obligación a cargo de los ascendientes a quienes la Ley señala como encargados de su ejercicio.

CUARTA.—En un estudio de derecho comparado, encontramos que la institución de nuestro estudio está reglamentada en México de una manera feliz, por lo avanzado de su normación.

QUINTA.—La reglamentación de la Patria Potestad en nuestro derecho corresponde precisamente a esta idea de obligación que pertenece a la moderna concepción que se tiene de ella.

SEXTA.—De acuerdo con estas ideas conceptuamos la Patria Potestad, como la carga que tienen los ascendientes que la ley señala para la guarda y cuidado de la persona y bienes del menor.

SEPTIMA.—En relación con el acierto ya anticipado, de la reglamentación del Código Civil Mexicano, apuntamos que destaca:

a).—Ejercicio conjunto de la Patria Potestad por ambos progenitores o por los ascendientes que la ley señala.

b).—Sujeción únicamente a la Patria Potestad de los menores no emancipados (hay legislaciones que la prorrogan más allá de la mayor edad).

c).—La serie de obligaciones impuestas: guarda, educación, sostenimiento, administración de los bienes y representación legal.

d).—Atenuado derecho de corrección, tan solo necesario para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los titulares.

OCTAVA.—Solamente no estamos de acuerdo en que en el orden establecido para el ejercicio de la Patria Potestad, tengan un privilegio injustificado los abuelos paternos que se avocan al ejercicio de la misma antes que los maternos. Creemos que debiera ser el Juez quien, conociendo las mejores condiciones de los ulteriores ascendientes, seleccionara a los más aptos y con mejores medios.

NOVENA.—No desconocemos que la relación de padres e hijos está establecida por la naturaleza antes que por la Ley, de tal manera que la Patria Potestad es una importante consecuencia de la filiación, sin embargo, el Estado mismo está interesado en el beneficio que significa una acertada formación de los menores.

DECIMA.—En atención a lo expuesto en el párrafo anterior, la idea total de la reglamentación de la Patria Potestad, es la de que los ascendientes son los más capacitados para la tarea de la formación del futuro ciudadano, pero esta misión se las ha confiado el Estado y por tanto la Institución de nuestro estudio desempeña una función social.

BIBLIOGRAFIA.

Bonnecase Julien.	ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL.
Colín Ambrosio y H. Capitant.	CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL.
Couto Ricardo.	DERECHO CIVIL MEXICANO.
De Diego Clemente.	INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL.
De Pina Rafael.	DERECHO CIVIL MEXICANO.
Fernández Clérigo.	EL DERECHO DE FAMILIA EN LA LEGISLACION COMPARADA.
Flores Barroeta Benjamín.	LECCIONES DE PRIMER CURSO DE DERECHO CIVIL.
Josserand Louis.	DERECHO CIVIL.
Laurent F.	PRICIPIOS DE DERECHO CIVIL FRANCES.

- Macedo S. Miguel. DATOS PARA EL
 ESTUDIO DEL NUEVO
 CODIGO CIVIL DEL
 D. F. Y TERRITORIO
 DE LA BAJA
 CALIFORNIA.
- Mazcaud Henri León y LECCIONES DE
 Jean. DERECHO CIVIL.
- Petit Eugenio. TRATADO ELEMENTAL
 DE DERECHO
 ROMANO.
- Planiol Marcel. TRATADO ELEMENTAL
 DE DERECHO CIVIL.
- Santa Cruz Tejeiro. TRATADO ELEMENTAL
 José. DE INSTITUCIONES
 DE DERECHO
 ROMANO.