



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**LA PATRIA POTESTAD EN RELACION CON LOS
DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL HIJO**

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
SANDRA REYNOSO MORALES

CIUDAD UNIVERSITARIA, D.F.

1988.



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.

Con motivo de la evolución de la patria potestad, encontramos cuestiones que se debaten en relación a la misma, ora en cuanto a su terminología, ora acerca de su definición, pues si bien a cada una de ellas corresponde un -- campo especial, también se encuentran íntimamente ligadas; esto se debe a que dichas cuestiones versan sobre si en la actualidad el concepto de patria potestad obedece a su contenido real, o bien, si este último es diferente y por lo tanto debe ser cambiado por un término más adecuado a su realidad, y por otro lado, el campo relativo a la definición se refiere a los elementos que la institución contiene en cada uno de los momentos históricos en los que se la sitúe.

También planteamos el cuestionamiento acerca de -- si las codificaciones deben o no definir las instituciones jurídicas, señalando el inconveniente y el beneficio de la decisión: las definiciones resultan ser inexactas y a la -- larga insostenibles; por otra parte, son el medio de conocer las instituciones que integran el Derecho Familiar y -- para que las mismas tengan vigencia plena.

Al tratar de la ubicación sistemática de la pa---
tria potestad, buscamos situarla dentro del ámbito del De---
recho Positivo y del campo de la doctrina, apoyándonos ---
para resolver este tema en el pronunciamiento que el Dr. -

Don Ivan Lagunes hace a la "falta de sistemática del Código Civil de 1928 en el tratamiento de la filiación", concluyendo con él en la necesidad de que se incorpore a ese Ordenamiento la tesis del Artículo 4º de nuestra Constitución General, que garantiza el deber de la ley a proteger la organización y desarrollo de la familia; que se reconozca expresamente que los hijos son iguales y gozan de los mismos derechos y obligaciones cualquiera que fuere su concepción y nacimiento; que la patria potestad deberá referirse a todos los hijos en general y, además, que se precisen las facultades y obligaciones que a su vez corresponde atribuir a los progenitores respecto de la persona y bienes de sus hijos y demás afiliados, determinando escuetamente las acciones que se confieren a los titulares, a sus representantes y a sus causahabientes.

Advertimos que las características de la patria -- potestad más abordadas por la Doctrina y por el Derecho Positivo, son la irrenunciabilidad, la intransmisibilidad y la imprescriptibilidad, las que fueron tratadas desde ese ángulo, apoyándonos en tesis que la jurisprudencia ha sentado al respecto.

Una vez precisado que la patria potestad es un derecho natural, que la misma constituye una de las bases de la familia y que, por lo mismo, es una institución de orden

público; analizamos la trascendencia social de la patria potestad y el interés del Estado para intervenir en su regulación. En este sentido, señalamos el fundamento y justificación de la intervención del Estado en el ámbito de la patria potestad, ya sea porque ésta se realice para frenar a los --ejercientes del derecho, pues el mismo es susceptible de abuso, o porque la intervención se efectúe dentro del campo de los derechos, haciendo suyas las funciones o exagerando su control; o bien, si por el contrario, el Estado debe abstenerse de intervenir y permitir que el derecho de patria potestad sea exclusivo de los ejercientes.

En este renglón, apuntamos, por ejemplo, que el ---Código Civil para el Distrito Federal vigente, al regular --"los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos", postula que en caso de que los padres den a sus hijos una educación inconveniente, permite intervenir a los Consejos Locales de Tutela y al Ministerio Público, para que éste último promueva lo que corresponda. Asimismo en esa legislación, los que ejercen la patria potestad pueden solicitar el auxilio de las autoridades para que les presten el --apoyo suficiente en la facultad de corregir a los hijos, las que podrán hacer uso de amonestaciones y correctivos (Artículo los 422 y 423).

También observamos la intervención del Estado en la

patria potestad por conducto de las funciones del mismo: la judicial, la ejecutiva y la legislativa.

Advertimos que en la prestación judicial, la intervención se justifica cuando el juez limita, suspende o priva del derecho de patria potestad a los padres que no la ejercen debidamente, gozando el juez y las demás autoridades judiciales de las más amplias facultades en los casos de divorcio, en los de nulidad de matrimonio, cuando se trata de fijar la situación de los hijos, permitiéndoles, incluso, intervenir de oficio y suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, en todos los asuntos del orden familiar.

En lo concerniente a la función ejecutiva, mencionamos de manera especial la actividad desarrollada a los niveles federal, local y municipal, por el Sistema Nacional -- para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), sobre todo en los casos de niños abandonados o expósitos, en donde se nota una intervención más severa por parte del Estado.

La función legislativa es basta al respecto, lo -- que nos impidió practicar un análisis de la misma y optamos sólo por mencionarla, pues de lo contrario rebasaríamos los límites y objetivos del presente trabajo.

En ese orden de ideas, consideramos a la familia -- cómo agregado natural anterior que el Estado y por encima --

de él, por lo que el interés familiar deviene de la misma manera, o sea, que la patria potestad constituye una función natural que es anterior e independiente del Estado, y que son los padres a los que por naturaleza les corresponde proteger, formar y educar a sus hijos, para lo cual deben contar con la suficiente autoridad. Por ese motivo, el Estado debe de ser un vigilante del cumplimiento de los deberes antes señalados y sólo en los casos excepcionales, como los que indicamos, puede justificarse su intervención; con mayor acentuación en los casos de niños abandonados o expósitos. En los casos normales, cuando los padres cumplen razonablemente con el ejercicio de la patria potestad, el Estado debe abstenerse de actuar, pues el derecho subjetivo que asiste al padre y que puede ejercitar frente a terceros, también es ejercitable frente al Estado mismo, cuando su actividad le impide al padre el ejercicio normal de la patria potestad.

En el tercer capítulo de este trabajo, nos avocamos a la relación personal que deriva de la patria potestad, a la que se le concibe y regula teniendo en cuenta el carácter de función que la ley encomienda a los progenitores, a los que otorga derechos como medio de cumplir con los deberes. En esa relación personal, encontramos que desapareció todo vestigio del antiguo poder absoluto del pater-familias, estructurándose la patria potestad como función dual del padre

y de la madre, elevándose en principio fundamental el respeto a la personalidad del hijo, como regla y medida de la educación y trato que haya de recibir.

Siendo la misma ley, la que cataloga los deberes y derechos que derivan de la patria potestad y señala en relación a los hijos los deberes de obediencia y de respeto hacia sus padres y demás ascendientes y, por lo que respecta a los padres, los de guarda, dirección y educación, alimentos, convivencia, representación y corrección; observamos que en algunas legislaciones dichos deberes son tratados con verdadera profundidad y, en otras, son simplemente enunciados y se deja para su desarrollo y comprensión el campo libre a la doctrina y a la jurisprudencia.

Ahora bien, señalamos que a pesar de la evolución que le otorga el carácter de función, dicha institución conserva reminiscencias del planteamiento que hace el Derecho Romano, en especial en lo relativo a la parte patrimonial en la que desarrolla la teoría de los peculios con la que se otorga el usufructo de los bienes del hijo en favor de los que ejercen la patria potestad.

Es de advertirse, que en este trabajo pretendimos tocar los aspectos más significativos de las cuestiones que derivan de la patria potestad y a las cuales nos hemos referido. Esto, con el objeto de contar con los elementos necesari-

rios para contener y apreciar la naturaleza jurídica de la patria potestad, la ubicación que tiene la misma en el campo del Derecho, los deberes y derechos que genera, para analizarla, por último, en lo concerniente al tema que nos motiva la patria potestad en relación con los derechos de la personalidad del hijo.

En nuestro sistema legislativo, ateniéndonos al -- pacto federal, señalamos que los derechos de la personalidad tienen una protección a través de la reparación o indemnización del daño moral o resarcimiento, en el caso de lesión a esos derechos. Consideramos que en general la reglamentación en este sentido resulta ser pobre, sin embargo en las legislaciones civiles de los Estados de Guanajuato, Jalisco, Morelos, Puebla, Sonora, Quintana Roo y Tlaxcala, se reglamenta el daño moral en forma autónoma y no como consecuencia de la violación a esos derechos. Esas legislaciones reglamentan el daño moral aún antes de las reformas del 31 de diciembre de 1982, que entraron en vigor el 1o. de enero de 1983 que se hicieron a los Artículos 1916 y 2116, así como la creación del Artículo 1916 bis, del Código Civil para el Distrito Federal, el que adoptó, en esos preceptos, la técnica de tratar el daño moral en forma autónoma, con independencia de la mera indemnización en caso de ser violados.

En el cuarto y último capítulo, señalamos que entre

Las funciones que derivan de la patria potestad se encuentran algunas que consideramos atípicas, caracterizadas y actualizadas en virtud de los avances científicos y técnicos que llevaron al Derecho a reconocer su existencia y encuadre dentro de los llamados derechos de la personalidad y, en algunas legislaciones, a su regulación.

Nos percatamos, en este orden de ideas, de la dificultad de tratar a los derechos de la personalidad en relación con la patria potestad, pues normalmente los primeros se estudian en relación con la persona jurídica dotada de la totalidad de sus facultades o de su capacidad. Por ese motivo tomamos como objetivo primario el sentar premisas acerca de los derechos de la personalidad ya que, salvo honrosas excepciones, no existe una sistemática en su tratamiento en la doctrina y la ley los regula en diferentes campos como el Constitucional, el Penal o en el Civil, pero siempre, carente de sistema.

Como los derechos de la personalidad se estudian -- desde diferentes ángulos, habiendo quien parte del patrimonio moral, del daño moral que resulta de la afectación de esos -- derechos o del estudio de la persona física, optamos por este último al que tomamos como piedra angular de nuestro estudio y así analizamos la relación jurídica y el derecho subjetivo, a través de uno de los términos lógicos de los mismos que es

el sujeto equivalente a la persona, al ser humano, el hombre o persona humana, o persona física. También analizamos al -- deber en unión al derecho subjetivo como característicos de la relación jurídica, para arribar al perfil del status.

En cuanto a los derechos subjetivos nos interesó -- la clasificación desde el punto de vista de la eficacia lo -- concerniente a los derechos absolutos, por corresponder a -- éstos los derechos de la personalidad y a los de la familia.

Insistimos en el concepto de status o situación -- jurídica que aparece frente a la relación jurídica y advertimos los tres tipos de estado. El de persona en sí, el de familia y el de ciudadano y nos avocamos al análisis del primero de los mencionados y precisamente de éste, por ser mani--festaciones reflejas, encontramos perfilados los derechos -- (subjetivos) de la personalidad, los cuales están dirigidos a asegurar al sujeto la exclusión de otros el uso y de la -- apropiación de los atributos esenciales de la persona. Seguidamente señalamos las características de los derechos de la personalidad, sin perjuicio de que también comentamos los -- argumentos que niegan la autonomía conceptual de los derechos de la personalidad.

Abordamos la legislación italiana en la que se protege a los derechos de la personalidad por sí mismos, concediendo al titular poderes tutelados por verdaderas y propias

acciones judiciales civiles.

Aceptamos que si bien la Doctrina no se ha puesto de acuerdo en la forma en que haya de decidirse el punto de si los derechos de la personalidad constituyen una categoría de derechos subjetivos verdaderos y propios, a nuestro objetivo convino señalar los más importantes y expusimos la regulación concreta que los mismos tienen, limitándonos a examinar esa regulación cuando su titularidad corresponde a los hijos de acuerdo con su minoridad y la relación que guardan con la patria potestad, y de esa suerte entramos al estudio del derecho al nombre, derecho a la imagen, derechos sobre el propio cuerpo, derecho al honor y el derecho al secreto de la correspondencia.

Los derechos de la personalidad, su sistemática y estudio están por hacerse; el presente trabajo no es sino el reflejo de la inquietud adquirida en las aulas de esta Alma Mater; es respuesta al compromiso adquirido con la Ciencia del Derecho; es la necesidad de señalar la continua renovación de las Instituciones Jurídicas y es, además el deseo vehemente de de participar.

CAPITULO PRIMERO

NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

- I.- Introducción. Aspectos jurídicos de la patria potestad
- II.- La patria potestad como función
 - 1. Proceso histórico evolutivo de la patria potestad
 - 2. Derecho romano
 - 3. Derecho germánico
 - 4. Derecho español
 - 5. Derecho francés
- III.- La patria potestad en el derecho patrio
 - 1. Introducción
 - 2. Códigos Civiles del D.F. y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884
 - 3. Ley sobre relaciones familiares de 1917
 - 4. Código Civil para el D.F. de 1928 (vigente)
- IV.- Concepción moderna de la patria potestad
- V.- La patria potestad como derecho subjetivo

CAPÍTULO SEGUNDO

UBICACION DE LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CAMPO DEL DERECHO

- I.- Introducción
- II.- Problema de la terminología
- III.- Problema de la definición
- IV.- Ubicación sistemática de la patria potestad
- V.- Características de la patria potestad
 - 1. Irrenunciabilidad
 - 2. Intransmisibilidad
 - 3. Imprescriptibilidad
- VI.- La intervención del Estado en la patria potestad
- VII.- Tendencias actuales en la patria potestad

CAPITULO TERCERO

DEBERES Y DERECHOS DE LA PATRIA POTESTAD

- I.- Los sujetos de la patria potestad
 - 1. Sujetos activos de la patria potestad
 - A. Filiación matrimonial
 - B. Filiación extramatrimonial
 - C. Filiación adoptiva
 - 2. Sujetos pasivos de la patria potestad

II.- Efectos personales de la patria potestad

1. Deberes de los hijos
 - A. Deber de obediencia
 - B. Deber de respeto
 - C. Otros deberes
2. Función de los padres
 - A. Guarda y dirección
 - a) Alimentos
 - b) Convivencia
 - c) Educación
 - B. Representación
 - C. Corrección

CAPITULO CUARTO

LA PATRIA POTESTAD EN RELACION CON LOS DERECHOS
DE LA PERSONALIDAD DEL HIJO

- I.- Generalidades y premisas
 - II.- Derecho al nombre
 - III.- Derecho a la imagen
 - IV.- Derecho sobre el propio cuerpo
 - V.- Derecho al honor
 - VI.- Derecho al secreto de la correspondencia
- Corolario

*Se autentica la supresión de
esta tesis en 1 del mes de mayo
de 1988.
En fecho 20/88,
S. de D. C. (M)*

P R O L O G O

LA PATRIA POTESTAD, instituto jurídico cuyas raíces más profundas se encuentran en el derecho natural y que surge en el Derecho Positivo como el efecto más relevante de la filiación requiere, hoy más que nunca, de una profunda renovación. Por nuestra parte, modestamente la pretendemos señalar en este trabajo.

En la primera parte de este estudio, consideramos -- que el carácter tuitivo que caracteriza actualmente a la patria potestad, lo adquiere a través de la evolución que resiente con motivo de los cambios que acusan los factores sociales, políticos y la crisis en general, que debilitaron -- el poder de los padres sobre los hijos y que ejercían de manera casi absoluta y despótica, utilizando para su propio -- provecho la autoridad recibida.

Apuntamos que son las doctrinas del cristianismo -- los principales apoyos que sirven de sustentación a la concepción moderna de la patria potestad y que subrayan su carácter ético, así como la moderación que debe usarse en su -- recto ejercicio, lo que se tradujo en la aceptación que hace el derecho moderno occidental de que la patria potestad es -- una función atribuida a los padres para protección de los -- hijos.

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

NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

I.- Introducción. Aspectos jurídicos de la patria potestad

II.- La patria potestad como función

1. Proceso histórico evolutivo de la patria potestad
2. Derecho romano
3. Derecho germánico
4. Derecho español
5. Derecho francés

III.- La patria potestad en el derecho patrio

1. Introducción
2. Códigos Civiles del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884
3. Ley sobre relaciones familiares de 1917
4. Código Civil para el Distrito Federal de 1928 (vigente)

IV.- Concepción moderna de la patria potestad

V.- La patria potestad como derecho subjetivo

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

NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

I.- Introducción. Aspectos jurídicos de la patria potestad

La familia se nos presenta como un agregado de formación natural y necesario cuya constitución es de índole --psíquica, y este hecho integrador de la familia es la mani--festación prístina de los sentimientos de sociabilidad y solidaridad que determinan al humano como un ser gregario.

Por eso, si consideramos que la familia es un agregado necesario, debemos aceptar y reconocer que está determi--nado por impulsos que en la conciencia común no son el pro--ducto de una libre decisión individual, por ello, debemos aceptar la existencia en la familia de variadas formas de organización y, además, la existencia de una voluntad familiar.

Ahora bien, jurídicamente, por la índole de sus relaciones a la familia no la podemos valorar desde un punto -de vista individualista, y por ello, vemos en ella que una -de las formas más destacadas de la organización de poder se encuentra en la patria potestad. (1)

(1) CIOU, Antonio. El Derecho de Familia. Ed. De Palma, Buenos Aires, 1947. pág.118.

En la patria potestad no advertimos, actualmente, una relación de subordinación de un individuo respecto de otro; el poder que tiene el padre, por ejemplo, está organizado para un fin y por eso sólo es un sujeto encaminado a ejercer una función. (2)

Nos percatamos que generalmente no se acepta que la familia tenga personalidad jurídica. Sin embargo, otra corriente sostiene lo contrario al considerar que toda legislación familiar debe definir sus instituciones y determinar su naturaleza jurídica. La familia, como conjunto de personas unidas por vínculos de parentesco por consanguinidad, afinidad y, o adopción, viviendo bajo el mismo techo, está dotada de personalidad jurídica. (3)

La familia posee un organismo al existir entre sus miembros un vínculo mutuo de interdependencia personal, y así, entre padre e hijo no se generan derechos individuales recíprocos, porque cada relación jurídica familiar está orgánicamente unida con un fin superior que le da vida y la rige.

Por eso, podemos señalar, que los miembros de una familia no están obligados entre sí al cumplimiento de pres

- (2) CIOJ, Antonio. El Derecho de Familia. Ed. De Palma, Buenos Aires, 1947. pág. 118.
- (3) Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Edición del Gobierno del Estado de Hidalgo. Quinta Edición. México, D.F., 1984. Exposición de Motivos. págs. 19 y 23.

En la patria potestad no advertimos, actualmente, una relación de subordinación de un individuo respecto de otro; el poder que tiene el padre, por ejemplo, está organizado para un fin y por eso sólo es un sujeto encaminado a ejercer una función. (2)

Nos percatamos que generalmente no se acepta que la familia tenga personalidad jurídica. Sin embargo, otra corriente sostiene lo contrario al considerar que toda legislación familiar debe definir sus instituciones y determinar su naturaleza jurídica. La familia, como conjunto de personas unidas por vínculos de parentesco por consanguinidad, afinidad y, o adopción, viviendo bajo el mismo techo, está dotada de personalidad jurídica. (3)

La familia posee un organismo al existir entre sus miembros un vínculo mutuo de interdependencia personal, y así, entre padre e hijo no se generan derechos individuales recíprocos, porque cada relación jurídica familiar está orgánicamente unida con un fin superior que le da vida y la rige.

Por eso, podemos señalar, que los miembros de una familia no están obligados entre sí al cumplimiento de pre-

(2) CIOJ, Antonio. El Derecho de Familia. Ed. De Palma, Buenos Aires, 1947, pág. 118.

(3) Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Edición del Gobierno del Estado de Hidalgo. Quinta Edición. México, D.F., 1984. Exposición de Motivos, págs. 19 y 23.

taciones singulares o a un conjunto de prestaciones; encontramos, eso sí, la presencia de una condición o posición, - es decir, un estado de persona al faltar el dominio de la libre voluntad individual.

Así, no puede haber libre disposición privada allí donde la tutela jurídica atiende a la satisfacción de un interés superior y, de modo alguno, puede negarse la existencia en el derecho de familia de la idea del interés superior, familiar y estatal, que la familia debe satisfacer. (4)

En ese orden de ideas, estamos de acuerdo en que la subordinación de las voluntades a un fin superior en las relaciones entre padre e hijo es más evidente, y con arreglo a esta se moldean las relaciones entre los propios padres o cónyuges.

Esas relaciones están constituidas principalmente por la tutela del interés de los hijos en su condición de incapaces; vemos pues, que los derechos concedidos a los padres no se base en un interés individual suyo, sino en el interés del menor que es el único a satisfacer; pero no pudiendo ser defendido este interés por el incapaz, de interés individual suyo es elevado a interés superior de la fa-

(4) CIGU, Antonio. La Familia. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. Prefacio del autor a la edición española. pág. 6.

milia y confiado a los padres como llamados por naturaleza a cumplir tal misión. (5)

Los padres como cualquier individuo, tienen sus propios intereses, y el interés del hijo lo sienten como interés propio de cada padre, pero ese interés (el del hijo) supera los suyos propios. En esas circunstancias la ley sólo sanciona jurídicamente la exigencia que espontáneamente brota y se fija en la conciencia del individuo como padre (o del padre como tal).

La familia se constituye orgánicamente; pero carece de una organización permanente y unitaria de voluntad, y por lo mismo carece de la organización de un poder único -- que presente con claridad la figura de una relación de subordinación de los miembros singulares a un poder superior. La organización de poder que encontramos en la patria potestad y que hace ver una relación entre individuo e individuo, derechos y deberes individuales, pudo estar justificada en épocas históricas anteriores, pero no está en el derecho moderno, que juzga erróneo que en la patria potestad exista una relación de subordinación de individuo a individuo; más aún, ese poder del padre es un poder organizado a un fin, -

(5) CIQU, Antonio. La Filiación. pág. 3.

no es un poder libre, ni arbitrario, sino que es un poder -
encaminado al ejercicio de una función. (6)

Ahora bien, en el aspecto jurídico de la patria -
potestad, advertimos en ésta dos tipos de relación, la una
interna que obra sobre sus sujetos y la otra externa a los
propios sujetos. En las relaciones internas de sus sujetos,
o sea, la que ostentan los padres y la ejercen sobre sus --
hijos, a los primeros se les atribuye como un deber. En cam-
bio, en las relaciones externas a los sujetos, la patria po-
testad resulta ser un derecho subjetivo de los padres. (7)

Es necesario que puntualicemos este doble carác-
ter. La patria potestad es un conjunto de poderes (a los --
que corresponde otros tantos deberes: poderes-deberes), en
los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los
progenitores, de proteger, de educar, de instruir al hijo -
menor de edad y de cuidar sus intereses patrimoniales, en con-
sideración a su falta de madurez psíquica y de su consigui-
ente incapacidad de obrar, es pues, un medio para que pueda
llevarse a cabo "el oficio" encomendado a los progenitores
(carácter oficioso de la patria potestad) en protección al
hijo. En cambio, en cuanto se la considera fuera de las re-

(6) CIOU, Antonio. El Derecho de Familia, pág. 118.

(7) CASTAN VAZQUEZ, José M^a. La Patria Potestad. Ed. Revista de Derecho Privado.
Madrid. 1960. pág. 15.

laciones familiares, o sea, en las relaciones externas, la patria potestad es un derecho subjetivo. (8)

En las relaciones internas contemplamos hoy en día comunmente a la patria potestad como un deber o "función" de los padres, lo cual no siempre ha sido así, históricamente se le concibió como un poder paternal y tuvo que pasar un -- largo período de tiempo para que el antiguo derecho ilimitado del padre se convirtiera en la función protectora de hoy.

Este proceso histórico evolutivo de la patria potestad en cuanto a función, así como su concepción moderna y como derecho subjetivo de la misma serán motivo del desarrollo inmediato.

(8) MESSINEO, Francisco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1954. Tomo III, pág. 136.

II.- La patria potestad como función

1. Proceso histórico evolutivo de la patria potestad

Intuímos en el origen de la patria potestad un fenómeno social de autoridad que, a la fecha, ha sufrido una transformación cuyo proceso evolutivo denota una debilitación de la autoridad paternal; así, si en la concepción antigua de la patria potestad encontramos el aspecto del derecho, en la moderna concepción vemos gravitar el de deber.

En la evolución de la patria potestad los fenómenos sociales y jurídico tienen una gran relevancia y hacen patente su complejidad; la misma evolución política de los pueblos es causa de la transformación. En la época primitiva encontramos que la familia era la única sociedad, y dentro de esta familia no existía más autoridad que la del padre; luego, entonces, conforme ha ido evolucionando la sociedad podemos observar que esta autoridad familiar está -- siendo competida por el estado y su autoridad. No soslayamos que otras causas como las sociales y morales han contribuido a la transformación de la patria potestad.

Por ejemplo, es indiscutible la influencia que el cristianismo ha tenido en la patria potestad, dada su concepción de la familia y sobre todo al ser incompatibles las

orientaciones cristianas con la antigua concepción del poder paternal. Sin embargo, aún cuando la influencia ha sido considerable, el punto al que ha llegado la actual evolución de la patria potestad desborda la concepción cristiana en la -- que si bien se afirma su carácter funcional y se acentúa el aspecto del deber para el padre, se mantiene firme el principio de la autoridad paternal. (9)

Ahora bien, en la debilitación del poder paterno -- también han influido diversas causas, como lo son las de carácter político, la social, o bien la relativa a la crisis -- general.

En las causas de orden político vemos la acentuada intervención del Estado en la patria potestad. En las sociales encontramos, entre otras, la precocidad o madurez anticipada de los niños. Por último, la crisis de la autoridad paternal no es sino reflejo de la actual crisis general de autoridad en la sociedad actual y sólo un aspecto de la misma evolución de la familia.

Advertimos que resultan ser por demás complejas --

(9) CASTAN VAZQUEZ, José Ma., ob. cit. pág. 17.

las causas de la transformación que ha sufrido la patria potestad para obtener el carácter tuitivo con el que ahora la conocemos; no descartamos la idea de que el proceso evolutivo de la patria potestad es inacabado merced a los avances científicos y esa es, precisamente la motivación primordial del presente trabajo, pues la patria potestad como institución jurídica consideramos debe ser renovada frente a la aceptación, generalizada por cierto, de la existencia de los llamados derechos de la personalidad que trataremos en capítulo ulterior.

2. Derecho romano

El derecho romano primitivo gravita en la época primitiva alrededor del pater familia, en ese círculo hermético que es la familia romana primitiva, las relaciones familiares entrañan poderes de unas personas sobre otras, poderes de imperio y subordinación que limitan la autonomía de las personas libres sobre las que recáen y otorgan a --- quienes los gozan, la facultad de servirse de ellos en su propio interés.

En el derecho civil romano las relaciones familiares trascienden a la persona y al patrimonio, deviniendo la existencia de un derecho de familia "puro", que gobierna -- los poderes familiares de carácter estrictamente personal, y un derecho familiar de bienes, que rige las relaciones de contenido patrimonial. De ahí se sigue, que la familia tiene tres clases de poderes, a los cuales corresponde, respectivamente, tres órdenes de relaciones jurídicas patrimoniales: la relación matrimonial, la paterno-filial y la tutelar. -- Luego, son tres las instituciones que integran el derecho de familia: el matrimonio, la patria potestad y la tutela.

(10)

(10) SCHM, Rodolfo, *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema.* Traducción de Wenceslao Roces, Editora Nacional. México, 1975. pág. 279.

Lo anterior nos motiva a hacer un análisis del -- concepto general de familia con sus diversas modalidades y, luego, un análisis particular de la institución de la patria potestad.

Siguiendo a Sohm (11) podemos simplificar la evolución histórica del derecho romano de familia en los siguientes trazos:

a) El antiguo Derecho Civil (de sello patricio) cimentaba la familia exclusivamente sobre la agnación. En ese entonces "familia" es sinónimo de familia agnaticia, o sea, conjunto de personas unidas por el mismo vínculo de patria potestad. Llámense "agnados" todos los individuos que conviven bajo la misma patria potestad o, a lo menos, convivirían de perdurar su ascendiente común. El parentesco de sangre no basta para que exista agnación. La madre no es parente agnaticia de sus hijos (a título de maternidad); lo es, si el matrimonio la sujeta a la manus (es decir, la patria potestad de su marido) y esa comunidad de poder paterno la une jurídicamente a sus hijos, concediéndole un lugar civil de "hermana". También, puede existir agnación sin parentesco de sangre, como sucede en la adopción y la conven-

(11) SOHM, Rodolfo. *ob. cit.* págs. 279, 280, 281.

tio in manu, que genera artificialmente la patria potestad no sólo respecto del adoptante o del marido, sino de toda la parentela civil del nuevo agnado; la comunidad de patria potestad es según la ley civil fundamento único decisivo -- del parentesco.

b) En el derecho pretorio empieza a destacarse la cognación. La familia cognaticia representa el linaje y no la casa, es lo opuesto a la familia agnaticia. La cognación es el parentesco en la comunidad de sangre; podemos decir que la representante genuina del principio cognaticio es la madre, como el padre lo es del agnaticio. La cognación no es concepto contrario a la agnación, sino un concepto general que la incluye y que descansa sobre vínculos naturales caracterizados por la comunidad de sangre y no sobre una relación escuetamente jurídica. No puede crearse ni extinguirse artificialmente la cognación.

En el derecho justinianeo se unifican el ius civile y el derecho honorario y se olvidan los rastros de la -- agnación prevaleciendo la familia cognaticia, que toma en consideración el parentesco común paterno y materno, triunfando así el moderno concepto de familia sobre el arcaico -- del ius civile.

Siguiendo el mismo orden anterior, al analizar -- la patria potestad encontramos que en el antiguo Derecho Ci

vil, es llamado también manus y otorgaba al padre poderes absolutos sobre los hijos, los nietos y la esposa (casada in manu), que llegaban al derecho de la vida y la muerte -- (jus vitae necisque); de darles en esclavitud, el derecho de vender al filius familias como esclavo trans Tiberim; el ius noxae dandi, o sea, el derecho de ceder a un tercero al hijo para liberarse de las consecuencias de la comisión de un delito que aquel hubiera cometido. (12)

En la época imperial encontramos a la patria potestad con una fisonomía distinta al poder absoluto que le otorga el derecho civil antiguo, se limita a una suma de -- prerrogativas naturales de disciplina y dirección, por no necesitar el padre de acción alguna contra el hijo al disponer de un poder privado coercitivo apoyado por el ascendiente personal que sustenta sobre él.

En el derecho justiniano, por virtud de la limitación paulatina de la patria potestad, el derecho de vida y muerte que tenía el padre sobre el hijo se convirtió en un simple derecho de corrección. Como un dato notable encontramos que las mujeres no podían ejercer la patria potestad ni atraer a sus descendientes a la patria potestad de sus propios padres.

(12) BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. Textos Universitarios. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982. págs. 84 y 85.

Por el carácter absoluto de la autoridad paterna el hijo, en cuanto a sus bienes estuvo en una situación comparable con el esclavo, su personalidad es absorbida por el jefe de familia, para quien es un instrumento de adquisición. Esto se modificó posteriormente por la admisión de los peculios (por ejemplo el castrense) y ciertas adquisiciones les fueron otorgadas todas en propiedad y en la época de Justiniano fue prácticamente abolida la prohibición al hijo de tener nada propio. (13)

De lo anterior se sigue, que la patria potestad evolucionó con la evolución de la familia romana, a la que servía de sustentación. Lo ilimitado y egoísta del poder paterno se convirtió en una función en beneficio del hijo, a quien se le fueron reconociendo derechos hasta que la patria potestad perdió su antiguo carácter al implicar para el padre también deberes y no sólo derechos, cambiando la relación con una reciprocidad que transformó a la patria potestad en una función, en un officium.

Por otra parte, es incuestionable que el cristianismo desempeñó un papel decisivo en esta transformación, pues con la penetración de las ideas cristianas en el derecho romano se elaboró una nueva concepción de las relacio--

(13) PEITZ, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducido de la novena edición francesa por José Fernández González. Editora Nacional, S.A., Méx., 1953. págs. 102 y 103.

nes paterno filiales, inspirada en la noción de la paterna pietas. La concepción cristiana de la familia y la legislación en tiempos de Constantino, atenuaron las facultades - del padre y dignificaron la situación del hijo, que se trajo en la proclama de Justiniano que señaló que la patria potestad "non debet in atrocitate sed in pietate consistere". (D. 48, 9, 5.)

3. Derecho germánico

En el antiguo derecho alemán podemos distinguir - dos círculos familiares: uno estricto y otro amplio. El círculo estricto, la casa (das haus), es una comunidad erigida sobre la potestad (Munt) del señor de la casa que abarca a la mujer, a los hijos, los siervos e incluso a extraños - acogidos a la hospitalidad de la casa. La esfera más amplia de la Sippe, comunidad representada originalmente por los - agnados no sujetos a la ajena potestad y cuyos vínculos, no sólo de hecho, sino también de derecho, se manifiestan en el servicio de las armas y de la guerra, en la colonización, - en el culto y por el juramento, y que posteriormente es titular de la potestad sobre los miembros de la Sippe, huérfanos y necesitados de tutela, y fuente a todo derecho sucesorio. (14)

La historia jurídica ulterior de la familia germana es la historia de su descomposición. Los vínculos militares y de colonización se disgregan de la comunidad familiar; la suprema tutela de la Sippe desaparece gradualmente para ceder el paso a una tutela superior del Rey, después del municipio o del soberano territorial y, en la época moderna, del Estado.

(14) KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Derecho de Familia. Volúmen Primero. Sexta revisión Traducción de Elías Pérez González y José Alguer. 2ª Ed. Bosch, Casa Editorial, Barcelona. 1952. pág. 2.

La amplia recepción del derecho romano desde el principio de la Edad Media se extendió en muy pequeña escala al derecho familiar personal alemán, pero grandemente el derecho familiar patrimonial. En el orden personal familiar el derecho alemán siguió siendo alemán, la recepción de este aspecto lo fue sólo de palabras y de técnica jurídica; - por ejemplo, la "Munt" del padre sobre el hijo se convirtió en patria potestad sólo nominalmente.

En el derecho patrimonial familiar las ideas jurídicas romanas influyeron de una manera más importante, principalmente en las normas sobre el patrimonio de los hijos y sobre la tutela.

En ese orden de ideas, o sea, en relación a la patria potestad, en el derecho germánico al igual que en el romano, encontramos una evolución que va de las más amplias facultades de que goza el padre sobre la persona y bienes del hijo, a la supresión o modificación de las mismas. Ahora bien, a los derechos romano y germánico les evidenciamos analogías en sus orígenes y posteriormente son representativos de tendencias dispares.

La patria potestad en el derecho germánico anti-guo recibió, según vimos, el nombre de "Munt" y otorgaba facultades al padre sobre la persona del hijo y sobre sus bienes.

Sobre la persona del hijo:

- a).- El derecho de exponer al hijo inmediatamente después del nacimiento;
- b).- El derecho de castigar al hijo a su arbitrio;
- c).- El derecho de vender al hijo en caso de necesidad o por pena e. incluso matarle;
- d).- El derecho de disponer su matrimonio, y
- e).- El derecho de representar al hijo en el proceso.

Respecto de los bienes, al hijo se le reconocía - capacidad patrimonial; pero al padre, como señor del "Munt" sobre el hijo, tenía también la potestad sobre el patrimonio de éste, tomando dicho patrimonio en su administración y -- aprovechamiento, una especie de usufructo llamado "gewere".

(15)

Nuevamente el cristianismo influyó en la evolución del derecho germánico para que se suprimieran o modificaran algunas de las facultades paternas; por ejemplo, el derecho de exposición se suprimió, y quedó como un simple consentimiento el derecho de disponer el matrimonio del hijo. El -- derecho romano participó en la transformación de las rela--

(15) FLANITZ, Hans. Principios de Derecho Privado Germánico. Traducción de Carlos Melón. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1957. págs. 321, 322 y 326.

ciones paternas al modificar con su influencia lo relativo al patrimonio del hijo, ya que se aceptó la doctrina romana de los peculios.

Así, en el derecho alemán la potestad del padre no es vitalicia como en el derecho romano, sino que termina --- cuando el hijo ya crecido comienza una vida económicamente independiente. Lo anterior se desarrolló en el derecho común alemán, en el que se abrogó la naturaleza en principio vitalicia de la patria potestad, y mediante la emancipatio juris germanici, el hijo sale de la patria potestad cuando comienza su vida independiente (separata oeconomia), la hija también cuando se casa. (16)

Se conoció también en el derecho alemán una potestad materna sobre el hijo que, mientras vivía el padre, aparecía oculta por el derecho de éste, haciéndose valer después de la muerte del mismo, y en ese caso, se constituía la tutela sobre el hijo correspondiendo a la madre el derecho de -- ser nombrada tutriz (siempre que el padre no hubiera nombrado tutor, o bien después de éste).

En el derecho civil germano se estatuye una potestad de los padres a la cual está sujeto el hijo sólo hasta la mayoría de edad y está constituida por el derecho y el -- deber de cuidar de la persona y del patrimonio del hijo y --

(16) KIPP, Theodoro y WOLFF, Martin. ob. cit. Volúmen Segundo. pág. 46.

tiene por tanto un carácter tutelar; a su vez, va unido con el derecho de disfrute del patrimonio del hijo. Se otorga - en primer lugar al padre y en segundo lugar a la madre, especialmente cuando fallece aquél, siendo por tanto diferente al derecho romano por ser el derecho de la madre inferior al del padre.

4. Derecho español

En una breve referencia a la historia del derecho español partimos del Fuero Juzgo, elaborado en el curso del Siglo VII con base a las leyes romanas, y sin embargo diferente a las mismas en muchos aspectos.

En lo referente a la patria potestad, el Fuero -- Juzgo, llamado también CELERE LIBER JUDICUM, derogó el derecho de dar muerte a los hijos. Estableció que los padres -- que exponen a sus hijos están obligados a reconocerlos, so pena de destierro del reino. También determinó que nadie podía vender ni empeñar a sus hijos, condenando tal hecho con la pérdida del precio y la de todo derecho sobre el hijo. -- Reconoció la igualdad del poder del padre y la madre, reconociendo el ejercicio de la patria potestad a la mujer.(17)

Advertimos en esta época visigoda la idea de función de la patria potestad, es un officium en interés de -- los hijos.

A mediados del Siglo XIII, Alfonso X, el sabio, -- publicó la Ley de Partidas, cuya estructura es de influencia romana, y por ese motivo encontramos en su contenido --

(17) Real Academia Española "Fuero Juzgo en Latin y Castellano". Ed. Ibarra Impresores. Madrid 1815. pág. 98.

que excluyeron a la madre del derecho de patria potestad -- que el Fuero Juzgo le concedía.

Este ordenamiento legal definió a la patria potestad: como un poder y señorío que han los padres sobre los hijos. Se extendía el poder a los nietos y a todos los que descendían por línea derecha y sólo eran sujetos de patria potestad los hijos nacidos de legítimo matrimonio. Otorgó al padre el derecho de educación y guarda del hijo, y sobre sus bienes, así como el castigarlo con mesura y piedad. Excepcionalmente, en caso de pobreza, podía venderlo. Estableció que la patria potestad terminaba: por muerte del padre; por corromper éste a sus hijos, y por abandonarlos. Por el matrimonio estableció la extinción de la patria potestad. Siguió respecto del patrimonio de los hijos, la tesis romana de los peculios, con la salvedad que el hijo podía dar de su peculio alguna parte a su madre o a sus hermanos o a quien le enseñase algún arte o menester.

La regulación jurídica de la familia en el derecho español vigente ha sido motivo de una profunda revisión, a partir de las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, mereciendo especial atención el matrimonio y sobre todo, el divorcio.

Sin embargo, en la nueva disciplina aparecen normas que podemos considerar renovadoras, como las que se ocu

pan de establecer la igualdad de los progenitores en atribuciones y deberes frente al hijo; sin perjuicio de que otra institución: la filiación, era la más necesitada de una detenida refacción, más que de parciales modificaciones.

Por otra parte, sólo nos ocuparemos del cambio -- que con motivo de la reforma legislativa sufrió el derecho familiar español en lo concerniente a la patria potestad, -- que comienza por cambiar el rubro anterior de la patria potestad, por el de las relaciones paterno-filiales.

Seguidamente, nos ocuparemos de los cambios más -- relevantes a través de una apreciación general de los mismos, señalando que la nueva legislación establece que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad. Se acentúa así el carácter de officium que tenía la institución y se afirma en la misma Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma, que en el mismo Código Civil, si bien se admiten residuos del planteamiento romano, como el usufructo paterno, en conjunto la -- patria potestad se concibe y regula teniendo en cuenta su -- carácter de función que la ley encomienda al progenitor en beneficio del hijo y, por tanto, que confiere los derechos como medio de cumplir los deberes. Con lo anterior, se suprimen los vestigios del antiguo poder absoluto del pater -- familia al estructurar la patria potestad como función dual

del padre y de la madre y al erigir un principio básico el respeto a la personalidad del hijo, regla y medida de la educación y trato que haya de recibir, acentuándose en el ejercicio de la patria potestad, la intervención y vigilancia del juez, en consideración del interés del hijo. (18)

Contiene, además la reforma, innovaciones como la prórroga de la patria potestad sobre los hijos incapacitados por deficiencia o anomalías psíquicas, al llegar éstos a la mayor edad; incluyendo, la rehabilitación de la patria potestad cuando la incapacitación del hijo soltero y que convive con sus padres tuviese lugar después de su mayor edad.

(18) SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis. El Nuevo Régimen de la Familia. LA PATRIA POTESTAD. Tomo II. Editorial Civitas, S.A., Cuadernos Civitas, 2ª reimpresión. Madrid, 1982. págs. 96 y 97.

5. Derecho francés

Por la enorme influencia del cristianismo y del derecho germano, el derecho consuetudinario francés varió en absoluto el carácter de la patria potestad, hasta el punto de poder afirmarse que, en los territorios regidos por aquel derecho, la patria potestad no existía realmente. (19)

Lo anterior quiere decir que al amparo del derecho consuetudinario francés se estableció una facultad sobre los menores, parecida a una nueva tutela, la cual la ley atribuía a los padres, condicionándola con más deberes que derechos. Lo que realmente sucedía es que no se reconocía la patria potestad con el carácter de un poder inflexible y rígido como lo fue en la antigüedad el primitivo derecho romano.

En lo concerniente a la patria potestad entre los postulados romanos y los franceses modernos surge todo un abismo, en razón de que en los primeros se contempla como un poder en interés de quien la ejerce, y en los segundos se concede al hijo el derecho de ser educado y al padre se le impone como una obligación.

(19) FERNANDEZ CLERIGO. Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. México, 1974. pág. 277.

Consideramos pertinente advertir que el objetivo de este trabajo son los derechos de la personalidad de los menores sujetos a la patria potestad, y que uno de los precedentes en la materia de los derechos de la personalidad se ubica en la Escuela del Derecho Natural del Siglo XVII, que pugnó por el reconocimiento de "Derechos naturales o innatos" que pertenecen al ser humano por nacer con él, antes que el Estado los reconozca.

La anterior tesis no cristalizó en su finalidad y con motivo de las transformaciones revolucionarias y políticas de la época se desvirtuó y quedó plasmada en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano que emitió la Asamblea Constituyente Francesa del 20 y 26 de agosto de 1789.

Sentados los nuevos principios, la Revolución Francesa, en el decreto de 28 de agosto de 1792, abolió en realidad la patria potestad, tal y como se concebía a través del derecho romano, en las comarcas sujetas al llamado derecho escrito, suprimiendo muchas de las facultades del poder paterno y singularmente el usufructo concedido a los padres sobre los bienes de sus hijos menores. (20)

(20) FERNANDEZ CLERIGO, Luis. ob. cit. pág. 278.

En el Código Civil francés o Código de Napoleón, al reglamentarse la patria potestad, se trató de conciliar las concepciones que el derecho romano tenía sobre el particular y las del derecho consuetudinario, terminando ese Ordenamiento por conservar la denominación romana y la organización de la patria potestad con el predominio de las reglas consuetudinarias, resolviendo así lo referente a la nueva concepción de la patria potestad. (21)

Consideramos importante señalar que a partir del Código de Napoleón se apunta un cambio esencial en la patria potestad, en ese cuerpo jurídico aparece el punto de partida de la concepción moderna de la institución, al dar cabida al principio de individualidad del hijo y devenir - con ello el respeto a su personalidad.

El principio de individualidad lo podemos considerar como el adquirido por el niño por el solo hecho de nacer, determinado por las facultades naturales innatas, - el que se presenta como un derecho inalienable para desarrollar sus facultades físicas, intelectuales y morales; - en consecuencia, es una potencialidad para cumplir su misión, su destino, contando para ello con el auxilio de su

(21) BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. Tomo II. Ed. De Palma. Buenos Aires, 1977. pág. 256.

padre, quien tiene el deber de guiarlo por medio de la educación apoyado con la autoridad necesaria para ese menester. - Luego, por virtud del principio de individualidad surge la dualidad representada por el deber del padre de dirección y educación y el derecho de guarda y corrección.

El Código de Napoleón de 1804, a pesar de afirmar que la patria potestad constituye una protección a favor del hijo, consagra los poderes del padre, le atribuye en principio el ejercicio de múltiples derechos, y establece a su favor, y en defecto a favor de la madre, el derecho de usufructo legal, compensado en parte, además, por los deberes de -- cuidado y administración, que legalmente les conciernen, en sus respectivos casos. (22)

La influencia del Código de Napoleón se dejó sentir en casi todas las legislaciones latinas que acogieron -- sus principios, y mayormente en las latinoamericanas.

(22) FERNANDEZ CLERIGO, Luis. ob. cit. pág. 278.

III.- La patria potestad en el derecho patrio

1. Introducción

Para los fines de este trabajo, consideramos oportuno obviar los antecedentes de nuestra legislación para partir de los Códigos Civiles de 1870 y 1884. El primero de ellos proyectado por Don Justo Sierra por la encomienda del entonces presidente Don Benito Juárez, situándonos por lo tanto en la época llamada de la Reforma.

El Código de 1870 se diseñó de acuerdo con los postulados del proyecto que García Goyena elaboró para España - y que, a su vez, se inspiró en el Código Napoleón, de ahí que estos Códigos fueron la sustentación filosófica de nuestro Código en comento.

La intervención francesa en la época reformista frustró los trabajos de la comisión redactora del Código y una vez que Maximiliano estuvo en el poder hizo promulgar los dos primeros libros del Código: I. De las personas; II. De los bienes, de la propiedad y sus modificaciones. Estos rigieron durante el Imperio.

Restaurada la República, Don Benito Juárez encomendó a una nueva comisión que continuara con la elaboración y revisión del proyecto de dicho código y por decreto de 8 de

diciembre de 1870, el Congreso lo declaró con fuerza obligatoria a partir del 1º de marzo de 1871.

El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, fue promulgado durante el gobierno del General Manuel González, y atendiendo a la corta vigencia del anterior, en virtud de la mínima diferencia que media entre ambos respecto de su promulgación, decidimos analizarlos simultáneamente.

2. Códigos Civiles del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884

En ambos códigos la patria potestad se rigió en el Libro Primero, Título Octavo que se dividió en tres capítulos:

I.- De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos;

II.- De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos, y

III.- De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

Los redactores del Código Civil de 1870, concibieron a la patria potestad como función, sustentando su concepción en la situación social que la mujer debería de tener sobre todo en sus derechos civiles. Los redactores para rehabilitar a la mujer consideraron la situación que la misma tenía desde el derecho romano, pasando por el Fuero Juzgo y las Partidas, épocas en las cuales se había privado a la madre de la patria potestad (salvo el Fuero Juzgo que sí se la concedía); igualmente, la abolición que la sociedad moderna hizo de la predisposición contra las mujeres a quienes la propia comisión reconoció que en la vida doméstica tienen las mujeres más inteligencia que el hombre y por lo tanto en

el cuidado de los hijos es tanto más eficaz, cuanto más vivo es el sentimiento, por lo que no es posible negar a una madre el ejercicio del más sagrado de los derechos que es el de la patria potestad.

En el Código Civil de 1870, respecto de la patria potestad la comisión redactora dice: que ese derecho con relación a las personas se establece con base a los principios de justicia que el derecho común reconoce para conservar en bien de la sociedad las relaciones de padres e hijos. También consideró que deben convinarse los intereses de los padres y de los hijos, de manera que ni estos se perjudiquen, ni se disminuya la responsabilidad de aquellos. (23)

(23) CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870. Imprenta del Comercio, de Dublan y Chávez, México, 1878. Exposición de motivos, págs. 22 a 25.

3. Ley sobre relaciones familiares de 1917

Siguiendo el curso de nuestra legislación civil -- haciendo un hito en la historia nos detendremos en la época postrevolucionaria, en la que a cargo de Don Venustiano Carranza se encontraba la Primera Jefatura del Ejército Constitucionalista, quien al rendir su informe al Congreso Constituyente expresó de manera terminante la pronta expedición de leyes para establecer la familia sobre bases más racionales y justas, que elevaran a los consortes a la alta misión que la sociedad y la naturaleza ponían a su cargo, de propagar la especie y fundar la familia.

De esa suerte, en el Decreto de la Ley sobre Relaciones Familiares se consideró que, "no siendo ya la patria potestad una institución que tiene por objeto conservar la unidad de la familia, para funciones políticas, sino la reglamentación de los deberes que la naturaleza impone en beneficio de la prole, es necesario reformar las reglas establecidas para el ejercicio de ese derecho". (24)

Y con mayor precisión se sentaron las bases para determinar en nuestra legislación que la patria potestad revestía el carácter de función y se aceptó el concepto moder-

(24) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES. Librería Porrúa Hermanos, México, 1917. pág. 7.

no de la corriente comparatista del ejercicio conjunto por - los dos progenitores, corrigiendo así, con su regulación, el distanciamiento existente de la realidad con la norma, que - la patria potestad se ejercía de hecho por ambos progenito-- res, cuando no solamente por la madre, ante la desatención - del padre; también fue relevante la modificación implantada en relación al aspecto patrimonial.

Dejemos que la exposición de motivos del Decreto - de la Ley Sobre Relaciones Familiares, lo exprese por nosotros: "Que, en cuanto a la patria potestad no teniendo ya por obje to beneficiar al que la ejerce, y teniendo en cuenta la igual dad de derechos entre el hombre y mujer, se ha creído conve niente establecer que se ejerza conjuntamente por el padre y la madre, y en defecto de éstos por el abuelo y la 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 - asimismo, 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 pecu-- lios que establecía el derecho romano y no tenía más objeto que beneficiar al padre, por todo lo cual se ha creído conve niente establecer que los bienes del hijo sean administrados de acuerdo con los ascendientes que ejerzan la patria potes-

tad, quienes en cualquier caso disfrutarán como remuneración por sus trabajos, la mitad del usufructo de dichos bienes, - mitad que será divisible entre ambos ascendientes". (25)

(25) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES, Ibidem. págs. 14 y 15.

4. Código Civil para el Distrito Federal de 1928 (vigente)

La Ley Sobre Relaciones Familiares se derogó por el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales -- promulgado el 30 de agosto de 1928, que comenzó a regir el 1º de octubre de 1932.

El Código Civil vigente en el Distrito Federal, -- siguió la misma tónica de la Ley Sobre Relaciones Familia-- res de 1917, que a su vez había recogido de los Códigos Ci-- viles de 1870 y 1884, sin perjuicio de que estableció algu-- nas innovaciones respecto al ejercicio de la patria potes-- tad, como la que sujetó lo relativo a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impusieran las re-- soluciones que se dictaran de conformidad con la Ley sobre Prevención Social de la Delincuencia Infantil en el Distri-- to Federal.

Otra aportación del Código Civil de 1928, fue la de establecer con claridad la forma de ejercer la guarda y custodia de los hijos procreados fuera de matrimonio y de -- los adoptivos, haciendo la distinción cuando los padres vi-- ven juntos o separados.

En ese orden de ideas, dicha situación nos posi-- bilita afirmar que desde el siglo pasado, en nuestro dere--

cho se habían sentado las bases para considerar el ejercicio de la patria potestad como función, o sea, que la misma se ejerce por los padres en interés público, para hacer posible el cumplimiento de las finalidades superiores de la familia, en favor de los hijos. (26)

(26) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. Ed. Porrúa, S.A., México, 1973. pág. 634.

IV.- Concepción moderna de la patria potestad

En el derecho moderno occidental, es evidente la acepción de que la patria potestad es una función atribuida a los padres para protección de los hijos. La autoridad del poder paterno se debilitó gradualmente conforme se fue debilitando la noción de familia y el principio de autoridad.

La concepción aceptada de la patria potestad como función, es concordante con la orientación cristiana -- respecto de esta institución, según vimos. En efecto, el pensamiento jurídico del mundo occidental encontró apoyo -- en las doctrinas del cristianismo; específicamente, tratándose de la patria potestad, quedan claras las coincidencias de ambas vertientes (cristianismo y ordenamientos jurídicos), así como la influencia del primero en los segundos.

El mayor grado de influencia que la patria potestad recibió en su evolución histórica vino del cristianismo, pues abolió el antiguo poder en un deber, y las antiguas facultades, perpetuas e inhumanas, en las actuales funciones, limitadas y temporales, subrayando el carácter ético de la patria potestad y la moderación que debe usarse en su recto ejercicio; negando, por otro lado, que el -

derecho de los padres sea absoluto o despótico, y para su propio provecho la autoridad recibida.

Hemos presentado un bosquejo de la evolución de la patria potestad que culminó con la actual concepción en la que, si bien advertimos sedimentos del planteamiento romano, especialmente en el usufructo de los bienes del hijo en favor de los padres, también columbramos que, en conjunto, la patria potestad modernamente se concibe y regula teniendo en cuenta su carácter de función que la ley encomienda a los progenitores en beneficio de los hijos y, por tanto, otorga los derechos como medio de cumplir con los deberes.

En ese orden de ideas, ahora estamos en posibilidad de adelantar algunas conclusiones. En la concepción moderna de la patria potestad se han suprimido los vestigios del antiguo poder absoluto del pater familia, y se estructura la misma como función dual del padre y de la madre; se eleva en principio fundamental el respeto a la personalidad del hijo, como una regla y medida de la educación y trato que haya de recibir, y se subraya en el ejercicio de la patria potestad la intervención y vigilancia de la autoridad estatal (por conducto del juez), en consideración del interés del hijo. Por otra parte, encontramos agilización en la administración y enajenación respecto de los bienes del me-

nor.

Lo anterior ha sido puntualizado en los diferentes apartados hasta aquí estudiados y serán desarrollados en el curso de este trabajo.

V.- La patria potestad como derecho subjetivo

Hemos dejado asentado en este estudio el aspecto de deber de la patria potestad, concluyendo que así considerada es una función; ahora bien, corresponde señalar el otro aspecto jurídico de esta institución, o sea, como derecho subjetivo.

Para no extraviarnos, conviene repetir que en la patria potestad se advierten dos tipos de relaciones, la una contempla las relaciones internas de sus sujetos (a la que dedicamos la primera parte de este estudio), en esta los padres la ostentan como la atribución de un deber (función) que ejerce sobre los hijos. La segunda, se la considera en las relaciones externas a los sujetos mencionados, y entonces la patria potestad se presenta básicamente como un derecho subjetivo de los padres.

En esta segunda relación encontramos en favor -- del padre, de la madre, o de ambos, que la patria potestad como derecho subjetivo se presenta, por un lado, como un derecho de reivindicación o de reclamación que les compete contra quien ilegítimamente detenga el poder; y por otro lado, el derecho de ejercitar la patria potestad, o de ser puestos en condiciones de ejercitarla, quitando los obstáculos que se opongan.

Este derecho subjetivo pertenece al derecho familiar, necesariamente unido a los intereses del hijo y los padres al defender su propio derecho, defienden el interés del hijo elevándolo a interés superior. (27)

(27) CIOU, Antonio. La Filiación. pág. 13.

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

UBICACION DE LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CAMPO DEL DERECHO

- I.- Introducción
- II.- Problema de la terminología
- III.- Problema de la definición
- IV.- Ubicación sistemática de la patria potestad
- V.- Características de la patria potestad
 - 1. Irrenunciabilidad
 - 2. Intransmisibilidad
 - 3. Imprescriptibilidad
- VI.- La intervención del Estado en la patria potestad
- VII. Tendencias actuales en la patria potestad

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

UBICACION DE LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CAMPO DEL DERECHO

I.- Introducción

Hemos visto, hasta aquí, el aspecto evolutivo de la patria potestad, así como las controversias surgidas -- con motivo de su regulación dado su doble contenido: el -- personal y el patrimonial. En ella emergen efectos jurídicos en relación a la persona de los hijos y con relación a sus bienes.

El ejercicio de la patria potestad, su contenido, pérdida, suspensión y extinción, crean diversos problemas; máxime que el desempeño de la misma es de carácter temporal. En este trabajo sólo nos avocaremos a estudiar los relativos al objetivo inicialmente señalado y especialmente, en este capítulo, a la precisión de la terminología y definición de la institución de la patria potestad, así como la ubicación que la misma tiene en el campo del Derecho, a sus características más notables, a saber si es benéfico o no -- que el Estado intervenga en el ejercicio de la patria potestad y a conocer sus tendencias.

Actualmente las instituciones del derecho de familia han sido objeto de un estudio más minucioso y en ese renglón el de la patria potestad ha merecido una especial atención, pues denota las relaciones de las personas con sus hijos que, a decir verdad, cada día demanda una más atinante y profunda revisión.

No es nueva la apreciación que señala que la patria potestad está sujeta a la influencia del derecho público, aún cuando se la ubique en el campo del derecho privado. Esto se debe seguramente a que el derecho de familia, al que pertenece la patria potestad como una de sus partes más importantes, es y ha sido motivo de enconadas luchas ideológicas para emplazarla dentro de esos dos grandes campos, optándose, inclusive por señalársele un campo exclusivo al resaltar su propia y no menos discutida autonomía. Sin embargo, si queremos adelantar una conclusión habremos de recorrer, a través de los diversos temas antes apuntados, un camino largo y sinuoso.

II.- Problema de la terminología

A la patria potestad se le señala el contenido de función que pretendimos dejar explicado en el capítulo anterior, también se cuestiona si esa denominación va de acuerdo con su contenido; ya sea porque no es totalmente un poder, ni está destinado unicamente al padre.

El poder (a que se refiere de antiguo la patria potestad) se ha trocado en protección, y la atribución paternal ha perdido su carácter singular para convertirse en una actividad dual: la del padre y la de la madre y aún --- ésta solo a falta del primero. Además de lo anterior, como sucede en nuestro derecho, la patria potestad puede ser encomendada a los abuelos paternos y maternos.

Por eso, advertimos que se ha gestado desde hace algún tiempo un movimiento renovador que pretende suprimir en los diferentes ordenamientos jurídicos el término de patria potestad, para substituirlo por otra expresión más --- exacta.

Sin embargo, parece que la expresión patria potestad ofrece de suyo obstáculos inquebrantables que hacen, si no imposible, difícil su substitución. Esto se debe, según creemos a la existente relación que se da entre un término (nombre o expresión de una idea) y su sentido y contenido;

máxime cuando este último es cambiante de acuerdo al uso o a la costumbre, como sucede con las instituciones jurídicas cuya normación obedece a las diferentes concepciones que -- produce la dinámica social.

Como quiera que sea, los intentos de renovación -- terminológica no han culminado como lo pretendieron sus partidarios, quienes desde el siglo pasado lo intentaron en la elaboración del Código Napoleón.

Los redactores del Código Civil francés utilizaron como expresiones sinónimas "patria potestad" ("puissance paternelle") y "autoridad paterna". La primera es la expresión romana a la que oponían la segunda; señalando con -- ello el carácter absoluto, y la evolución que se ha producido desde un poder soberano a una autoridad más matizada. (28)

Así las cosas, la expresión "patria potestad" nunca ha sido exacta en el derecho francés, y actualmente lo -- es menos que nunca. Lo que corresponde a los padres es más bien una "tutela", es decir, una carga, que una "potestad" (potestas). (29)

(28) HAZEAUD, Henri, 1869 y JEAN, Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera. Volumen IV. Trd. Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos -- Aires, 1959. pag. 80.

(29) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil. Introducción, Familia, Matrimonio. Tomo II. Primera Edición Trd. por Lic. José M. Cajica Jr., Cárdenas Editores y Distribuidores. Méx., D.F., 1963. pags. 251, 252.

En el derecho español en época reciente se tenía la inquietud de cambiar la nomenclatura de la institución -- de la patria potestad, al poner de relieve su disparidad -- con su sentido actual; sin perjuicio de que, por otro lado, adviertan la difícil substitución de la expresión patria potestad y siguieron conservando el término tradicional en el Código Civil de 1958. (30)

La reforma del Código Civil español, operada por el Artículo 2º de la Ley de 13 de mayo de 1981, ha sido institucional. Comienza por cambiar en dicho Código Civil la -- rúbrica que ya no es De la patria potestad, sino "De las relaciones paterno-filiales". (31)

No obstante lo anterior, la reforma citada que -- parte del Artículo 154, señala "Los hijos no emancipados -- están bajo la potestad del padre y de la madre..." y el Artículo 156 puntualiza: "la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores...". De tal suerte que -- aún cuando la institución se la conciba y regule con el carácter de función en su más moderna concepción, aún cambiando la rúbrica, no fue posible variar la fuerza de la tradi-

(30) CASTAN VAZQUEZ, José Ma., Ob. cit. págs. 6 y 7.

(31) SANCIO REBULLIDA, Francisco de Asís., Ob. cit. pág. 95.

ción y evitar el uso de la expresión patria potestad dentro de su normación.

En otra variante también encontramos intentos renovadores, por ejemplo, en el Código de Familia ruso de --- 1918, el Capítulo Segundo del Título III, se denomina "Derechos y deberes respectivos de los hijos y de los padres".

El Código de Familia de la República de Cuba de - 1975, al regular jurídicamente las instituciones de familia, entre ellas las relaciones paterno-filiales, señala que el - objeto principal en este renglón es el de contribuir al más eficaz cumplimiento por los padres de sus obligaciones con - respecto a la protección, formación moral y educación de los hijos para que se desarrollen plenamente en todos los aspectos.

Este Código en el Capítulo Segundo, titulado "De - las relaciones entre padres e hijos", a la Sección Primera - la denomina De la Patria Potestad y su Ejercicio.

De esta manera, lo podemos colocar en una posición intermedia, o sea, en principio apunta un cambio en la no--- menclatura de la institución y, al regularla, vuelve al nombre tradicional.

III.- Problema de la definición

Definir la patria potestad, al igual que precisar un término que le sea exacto, nos conduce a dificultades que son concomitantes. Por un lado, encontramos que el significado de la patria potestad ha cambiado, al advertir que su evolución ha ido de un poder absoluto a una función, y por el otro, a la dificultad que entraña el sustituir la expresión patria potestad, por otra más acorde con sus modernas concepciones.

En ese orden de ideas, a cada paso de la evolución de la patria potestad y de acuerdo con lo que dejamos asentado en el capítulo anterior, nos topamos que en cada época de las cuales nos ocupamos se había elaborado una definición de la patria potestad, la que resultaba ser válida para ese --- tiempo.

Del mismo modo, cabe considerar que las definiciones de la patria potestad se vienen formulando desde diferentes enfoques, por ejemplo, en cuanto a su expresión cuantitativa, o sea, señalando el conjunto de derechos y deberes que la integran, o bien, in abstracto, en las que se denota el carácter de institución jurídica otorgada a los padres con fines de asistencia y protección.

Ahora bien, podemos afirmar que en el campo jurídico

dico encontramos cuando menos dos corrientes: la que considera que definir las instituciones es acotarlas, limitarlas. -- Otra, sostiene que no sólo la doctrina sino la legislación familiar debe definir sus instituciones y determinar su naturaleza jurídica. (32)

La expresión patria potestad viene del latín *patrius*, a, ium, lo relativo al padre, y *potestas*, potestad. En el *Corpus Iuris* encontramos que el jurista Ulpiano conceptúa la patria potestad como: *Pater autem familias appellatur qui in domo dominium habet...* (Es llamado padre de familia -- quien tiene en casa el dominio, y ese apelativo le es dado -- aun cuando carezca de descendencia...).

La patria potestad en Roma fue perdiendo su antiguo carácter de dominio conforme evolucionó la familia romana, lo que se debió a la penetración del cristianismo y a la legislación del Emperador Constantino, lo que se tradujo, entre otras cosas, al famoso pronunciamiento de Justiniano respecto de la patria potestad: "*non debet in atrocitate sed in pietate consistere*". (D. 48, 9, 5.)

La *Munt*, en el derecho alemán, significa un derecho y un deber de protección (sobre el hijo), por inclusión la ad

(32) *Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Exposición de Motivos.*
ob. cit. pág. 19.

ministración y disfrute del patrimonio del hijo. El derecho Civil germánico estatuye una potestad de los padres a la -- cual está sujeto el hijo sólo hasta la mayor edad; comprende el derecho y el deber de cuidar de la persona y del patrimonio del hijo y tiene por tanto un carácter tutelar.(33) La anterior definición es de carácter cuantitativo.

Por lo que respecta a España, las Leyes de Partidas definieron a la patria potestad diciendo: "Patria potestas en latin, tanto quier dezir en romance, como el poder -- que han los padres sobre los fijos" (Part. 4a., tit. XVII, Ley 1ª.).

La doctrina moderna española aporta una definición de la patria potestad, pretendiendo contener en la misma la naturaleza y fin especial de la institución y al efecto señala: la patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole. (34)

En virtud de que en el presente trabajo hemos in-

(33) KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Derecho de Familia. Ob. cit. págs. 45 y 47.

(34) CASTAN VAZQUEZ, José Ma. La Patria Potestad. Ob. cit. págs. 9 y 10.

cluido diversos autores italianos, al apoyarnos en sus marcos teóricos y conceptuales, es pertinente señalar que la doctrina italiana moderna define a la patria potestad desde el punto de vista de función, y así sostiene: La patria potestad es un conjunto de poderes (a los que corresponden -- otros tantos debres: poderes-deberes), en los cuales se --- acta orgánicamente la función confiada a los progenitores - de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar sus intereses patrimoniales, en consideración a - su falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar. (35)

En cuanto al derecho francés, la concepción que - de la patria potestad tenían en el siglo pasado, semejante a la concepción antigua como lo señalamos en el capítulo res pectivo, relacionada con el contenido de poder, entendían - la misma como un simple conjunto de derechos atribuidos al padre.

Posteriormente, la doctrina francesa, al aceptar que la patria potestad es una función, elabora definiciones más acordes con el aspecto del deber, y así como ejemplo -- tenemos que se le considera un conjunto de derechos que la

(35) MESSINED, Francisco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III, pág. 136.

ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, en tanto que son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre ellos. (36)

Ninguno de los códigos civiles que han estado vigentes en el Distrito Federal, ni la Ley sobre Relaciones Familiares, define la patria potestad, sin embargo la Doctrina Nacional es basta al respecto y, en la actualidad, sostiene que la patria potestad es una función propia de la paternidad y de la maternidad, de tal suerte que coinciden en conceptuarla como la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. (37)

Por último, queremos dejar testimonio de que en el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, en el Artículo -- 232, se define a la institución en estudio, señalando: "La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones reconocidos y otorgados por la ley, a los padres y abuelos en relación a sus hijos o nietos, para cuidarlos, protegerlos y educarlos, así como sus bienes". (38)

(36) A. COLIN y H. CAPITANT, Curso elemental de Derecho Civil (trad. española) Instituto Editorial Reus, Madrid. t. II, vol. 1º, pag. 18.

(37) GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer curso, Parte General. Personas. - Familia. Editorial Porrúa, S.A., México, 1980. pag. 668.

(38) Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Ob. cit. pag. 58.

En la legislación comentada, de manera relevante - se muestra el carácter tuitivo de la patria potestad.

Permanece el dilema de si las codificaciones deben o no definir las instituciones jurídicas ya que, por una parte podrían resultar inexactas y a la larga insostenibles y, por la otra ser el medio de conocer las instituciones que -- integran el Derecho Familiar y para que las mismas tengan vigencia plena.

En cuanto a la doctrina, siempre será, en unión de la legislación y de la jurisprudencia pilar en que se sustenta la Ciencia del Derecho.

IV.- Ubicación sistemática de la patria potestad

Los derechos y facultades que derivan de la patria potestad y que tienen por objeto el cumplimiento de los deberes de guardar, amparar y defender a los hijos menores de edad, son atribuidos al padre y a la madre.

Por ese motivo se señala que la patria potestad toma su origen en la filiación (consanguínea o civil), ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos, su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado legalmente establecida la filiación. Es la patria potestad una institución establecida por el derecho con una finalidad tutelar, es decir, que comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere. (39)

Encontramos, en ese orden de ideas, que en las obras de Derecho de Familia (sobre todo en la actualidad, en que el Derecho de Familia obtiene casi en su totalidad el reconocimiento a su autonomía), o en las de Derecho Civil, en

(39) CALINDO GARFÍAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. Editorial Porrúa, S.A., México, 1973, pág. 629.

la parte dedicada a la familia, la patria potestad se estudia inmediatamente después de la filiación, al considerársele el efecto más importante de ésta.

El Código Civil para el Distrito Federal observa una composición sistemática por libros, que a su vez se dividen y subdividen en títulos y capítulos, respectivamente. En ese Código, el Libro Primero denominado "De las personas", - contiene el Título Octavo "De la patria potestad", la que regula en tres capítulos. En el Capítulo Primero se dispone -- acerca "De los efectos de la patria potestad, respecto de la persona de los hijos". "De los efectos de la patria potestad, respecto de los bienes del hijo", es objeto del Capítulo Segundo. El Capítulo Tercero se encarga "De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad".

Nos conviene señalar, de acuerdo al objetivo apuntado al inicio de este apartado, que en el cuerpo legal en -- comentario la patria potestad se ubica en forma inmediata a los títulos rubricados "Del parentesco y de los alimentos" y "De la paternidad y de la filiación". Sin embargo, en el título mencionado no se encuentran todas las normas legales referentes a la patria potestad, por ejemplo las referentes a la -- adopción, a la enajenación de bienes pertenecientes a los -- menores sujetos a la patria potestad. Es más, podemos aseverar que no todas las normas que tienen relación con la patria

potestad se encuentran en el Código Civil para el Distrito Federal, ya que existen normas jurídicas relacionadas con la patria potestad que se encuentran contenidas en otros -- cuerpos legales como el penal, administrativo o laboral, si tuación ésta que nos lleva a considerar que la patria potes tad siendo materia de derecho privado, se encuentra matizada por el derecho público.

Por otra parte, cumpliendo con uno de los objetivos que nos impusimos en el presente trabajo, consistente en señalar la necesidad de una meditada renovación en lo -- concerniente a la patria potestad, y si bien apuntamos que la misma tiene por fundamento a la filiación esta última, -- por otro lado, es tratada con falta de sistemática en el Có digo Civil para el Distrito Federal. Por sistemática entendemos la ordenación de un conjunto de principios o reglas -- que deben prevalecer enlazados entre si, dentro de cualquier materia. Para el logro de una sistemática tratándose de la filiación, desde el punto de vista normativo, se requerirá que se incorpore al Ordenamiento Civil antes referido la te sis del Artículo 4º de nuestra Constitución General, que ga rantiza el deber de la ley a proteger la organización y desarrollo de la familia, reconociéndose expresamente que los hijos son iguales y gozan de los mismos derechos y obliga-- ciones cualquiera que fuere su concepción y nacimiento. A --

ese efecto, la patria potestad se referirá a todos los hijos en general y, además, que se precisen las facultades y obligaciones que a su vez corresponde atribuir a los progenitores respecto de la persona y bienes de sus hijos y demás -- afiliados, determinando escuetamente las acciones que se -- confieren a los titulares, a sus representantes y a sus cau-- sahabientes. (40)

(40) LAGUNES PEREZ, Ivan. "Falta de Sistemática del Código Civil de 1928 en el Tratamiento de la Filiación" Revista CEJ. Organó Trimestral de Difusión y Análisis de Materiales Jurídicos, del Centro de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del D.F. Número 1, Octubre-Diciembre de 1986.

V.- Características de la patria potestad

Consideramos que con lo expresado hasta este momento, hemos señalado la parte más relevante de la doctrina examinada a precisar la naturaleza jurídica de la patria potestad, razón por la que podemos señalar las características de esa Institución; sin perjuicio, de que las abordadas son las que la propia doctrina considera como más relevantes, lo mismo que el Derecho Positivo. A saber: irrenunciabilidad, intransmisibilidad e imprescriptibilidad.

1. Irrenunciabilidad

En el Código Civil vigente para el Distrito Federal, el Artículo 448, estatuye: "La patria potestad no es renunciabile; pero aquellos a quienes corresponde ejercerla, pueden excusarse: I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos; --- II.- Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño".

De la lectura del anterior precepto encontramos -- que de acuerdo al Derecho Positivo la patria potestad es irrenunciabile, aclarándose con precisión los significados de los conceptos irrenunciabile y excusable, al señalarse limitativamente los dos únicos casos en que procede la excusa de su ejercicio.

La nota preponderante de que la patria potestad es irrenunciable, la encontramos en que es una institución de orden público cuyo ejercicio o abandono de la función no puede quedar a la voluntad de los particulares. Es el mismo Derecho Positivo el que sanciona esa calidad, al señalarse en el Artículo 6º del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que "la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. -- Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero"; además, en el mismo Ordenamiento, el Artículo 8º impone: "los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público, serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

Ahora bien, por su parte la Jurisprudencia ha sostenido el carácter de irrenunciable que tiene la patria potestad.

PATRIA POTESTAD. IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA. Los derechos que derivan de la patria potestad no son renunciables, pues las disposiciones legales que la rigen son de indiscutible interés público de acuerdo con lo que previene el Artículo 8º del Código Civil. Sexta Epoca Cuarta Parte. Vol. LXVIII, Pág. 110. A.D. 8824/61. Rodolfo - Martínez Ramírez. Unanimidad de 4 votos.

La anterior tesis aparece publicada en el Apéndice

al Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte. Tercera Sala. Tesis de Ejecutoria 1917-1985, pág. 607.

2. Intransmisibilidad

No encontramos en el Código Civil vigente para el Distrito Federal disposición expresa que se refiere al carácter intransmisible que tiene la patria potestad. Esta característica de intransmisibilidad deriva del tratamiento sistemático que esa Legislación realiza acerca de los derechos familiares. Igualmente, es la Doctrina la encargada de fundamentar que los derechos familiares y, entre ellos, patria potestad no son objetos de comercio y por lo mismo no pueden ser objeto de cesión.

El Código Civil para el Distrito Federal en los -- Artículos 2029 y siguientes regula el contrato de cesión de derechos; incluso, en el Artículo 2030 de ese Ordenamiento -- se establece que el acreedor puede ceder su derecho a un ter ce ro sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión este prohibida por la ley, se haya convenido no hacerla o no lo permita la naturaleza del derecho; en consecuencia dada -- la característica del derecho de patria potestad antes apuntada, se colige que la misma no puede ser objeto de cesión.

Por lo anterior, además cabe afirmar que los conve

nios que celebren los que ejercen la patria potestad con terceros, en los que deleguen determinadas facultades concretas para educar y custodiar al hijo, como sería el caso de las - escuelas e internados; así como los que realicen los padres o cónyuges, en los casos de separación, en que se implique - formas de regulación de la guarda y custodia de los hijos; - en ambos casos, no deben considerarse cedidos los derechos - de patria potestad, sino simplemente delegados determinados, derechos o facultades concretas derivadas de la patria potes- tad.

Ahora bien, de acuerdo con la regulación que de - la adopción contengan las legislaciones al respecto, pode- mos encontrar una excepción a la característica de la in- - transmisibilidad de la patria potestad.

Por ejemplo el Código Civil para el Distrito Fede- ral en el Artículo 403 señala: "Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida - al adoptante, salvo que en su caso este casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá - por ambos cónyuges". Este caso, podemos señalarlo como una - excepción a la característica analizada, pues el precepto -- claramente establece que por la adopción se transmite la pa- tria potestad.

Sin embargo, de acuerdo con el Artículo 405 del mismo Código Civil para el Distrito Federal, la adopción -- puede revocarse y el numeral 408 del mismo Ordenamiento preceptúa que el decreto del juez deja sin efecto la adopción y restituye las cosas al estado que guardaban antes de efectuarse ésta. De tal manera, que en la legislación en comento, si bien se permite la transmisión o transferencia de la patria potestad por virtud de la adopción, también se acepta la readquisición, en su caso, de la patria potestad, con motivo de la revocación de la adopción.

Otro caso más, que consideramos importante citar, lo encontramos en el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, el que en el Artículo 233 establece: "La patria potestad se extingue para los padres biológicos, cuando hayan dado a sus hijos en adopción". Y en el Artículo 264 regula: "La patria potestad se termina: ...III. Por la adopción del hijo, - en cuyo caso la patria potestad se transmite al adoptante". Al regular la adopción el Código Familiar citado en el Articulo 217 precisa la adopción produce los efectos siguientes: ... II. Rompe todos los vínculos consanguíneos con la familia del adoptado... IV. Atribuir la patria potestad, al adoptante". De lo anterior colegimos que en la legislación familiar comentada se acepta que la adopción transmite la - patria potestad, pero a diferencia del Código Civil para el Distrito Federal, lo hace de manera definitiva.

3. Imprescriptibilidad

La característica de imprescriptibilidad que tiene la patria potestad, por ser ésta una institución del derecho familiar, se ha debatido en el campo de la Doctrina, al sostenerse que la misma puede estar afectada por una prescripción sui generis.

Sin embargo, la corriente dominante sostiene que algunos derechos familiares están sujetos a decadencia; pero ninguno es prescriptible. (41)

La afirmación que se hace por algunos autores en el sentido de que la patria potestad puede estar afectada -- de una prescripción sui generis, se debe a la interpretación de las sentencias que ordenan suspender el derecho del padre a la guarda y educación del hijo, en los casos en que se da como una sanción por el reconocimiento tardío del padre respecto del hijo, por lo que se le estima como indigno de ejercer el derecho de patria potestad, entendiéndose que en esos casos se da la prescripción señalada, o, mejor aún, una decadencia impuesta con el carácter de sanción por el abandono -- de una función pública. (42)

(41) MESSINED, Francisco. Ob. cit. pág. 31.

(42) F. VIVES VILLAMAZARES. El abandono y el reconocimiento tardío de los hijos naturales, en RVD, diciembre 1944, y RGD, enero 1945, y en ed. separada. Tipografía P. - Quiles, Valencia, s.f. (especialmente págs. 26 y 27 de la ed. separada). Citado por CASTAN VAZQUEZ, José Ma. Ob. cit. págs. 43 y 44.

En el caso antes señalado, consideramos que no es posible aplicar los conceptos de prescripción y decadencia a la patria potestad, pues ésta es un derecho familiar, el que de acuerdo a su naturaleza los rechaza. Dichos conceptos son propios de los derechos reales y personales, en -- donde encuentran su génesis, desarrollo y tratamiento. Por otra parte, en el caso señalado y que sirve de nota para -- que el autor afirme que se da una prescripción del derecho de patria potestad, no es aceptable jurídicamente la prescripción, pues ésta requiere el no ejercicio de un derecho, y en la especie si no ha habido reconocimiento, tampoco ha surgido la filiación y mucho menos la patria potestad, por lo tanto no puede prescribir un derecho que no se tiene.

Ahora bien, tampoco sería aplicable el concepto -- de decadencia o de caducidad, toda vez que esta figura jurídica tiene por objeto señalar el tiempo durante el cual puede ser ejercitado un derecho y en el caso de su no ejercicio de manera directa y automática se da la extinción del -- mismo, por lo que no sería aplicable el caso ejemplificado.

De cualquier manera, la doctrina y los principios que rigen en Derecho Familiar reconocen el carácter imprescriptible de la patria potestad, sobre todo cuando se ejerce la misma como un derecho subjetivo frente a terceros --- para lograr la devolución o entrega de los hijos, en contra de cualquiera que lo retenga contra derecho.

VI.- La intervención del Estado en la patria potestad

Los padres en el ejercicio de la patria potestad gozan de amplia libertad, respetando el Estado el desempeño de las funciones que les son encomendadas por ese motivo.

Sin embargo, atendiendo que la patria potestad es una función de los padres, a quienes le otorga derechos para que cumplan con las obligaciones que derivan de la misma, el Estado, en caso de incumplimiento de esas obligaciones, interviene en beneficio de los hijos y de la familia, pues ésta es reconocida como una institución natural que sirve de fundamento a la sociedad y que se encuentra por encima de toda ley positiva.

En ese orden de ideas, contemplamos que el Estado con mayor frecuencia interviene en el ámbito de la familia, antes reservado exclusivamente a sus integrantes y, por ende, extiende su esfera de acción a las relaciones paterno-filiales.

Por tal motivo, debemos considerar los fundamentos de la intervención del Estado en la patria potestad y sus posibles consecuencias.

Bastaría que señaláramos la anterior circunstancia para que tuviéramos la razón de la justificación de la

intervención estatal en la patria potestad, pero no toda la intervención se circunscribe a los casos antes señalados, - pues en general el Estado interviene desde el campo de sus atribuciones que le son exclusivas: legislativo, ejecutivo y judicial.

Es basta en nuestro país la actividad legislativa que tenemos en razón de la protección a la infancia, resultando la misma un punto de partida que asegure una protección al hijo de los posibles daños que se presentan fuera - de la familia y aún dentro de ella.

Consideramos pertinente señalar a manera de enunciado los cuerpos legales que forman la legislación sobre - menores:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República - en Materia Federal.

Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Código Penal para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código de Comercio.

Ley Federal del Trabajo.

Ley de Amparo.

Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social.

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Ley Federal de Educación.

Ley General de Salud.

Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal.

Ley General de Población.

Ley Federal de Radio y Televisión.

Ley Federal de la Reforma Agraria.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República

Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia Del Fuero Común del Distrito Federal.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del Apartado B -- del Art. 123 Constitucional.

Ley de Nacionalidad y Naturalización.

Ley del Indulto para los Reos de los Fueros Militares, Federal y del Orden Común del -- Distrito Federal.

Ley sobre Delitos y Faltas en Materia de Culto Religioso y Disciplina Externa.

Ley sobre Justicia en Materia de Faltas de Policía y Buen Gobierno.

Ley de Imprenta.

Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley sobre el Contrato de Seguro.

Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

Ley de Navegación y Comercio Marítimo.

Ley Federal de Juegos y Sorteos.

Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal.

Ley del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles.

Ley del Impuesto sobre la Renta.

Ley en favor de los Veteranos de la Revolución como Servidores del Estado.

Ley de Premios, Estímulos y Recompensas Civiles.

Reglamento Interior del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

Reglamento Interior de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

Reglamento Interior de la Secretaría de Educación Pública.

Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación.

Reglamento de Prevención de Invalidez y Rehabilitación de Inválidos.

Reglamento de Tribunales Calificadores del Distrito Federal.

Reglamento General para Establecimientos
Mercantiles y Espectáculos Públicos en el
Distrito Federal.

Reglamento de Expendio de Bebidas Alcohólicas.

Reglamento de Trabajo de los Empleados de las
Instituciones de Crédito y Organización Auxi-
liares.

Reglamento para los Trabajadores no Asalariados
del Distrito Federal.

Nuevo Reglamento de Higiene del Trabajo.

Reglamento para Hospitales, Maternidades y
Centros Materno-Infantiles en el Distrito
y Zonas Federales.

Reglamento para el Control de Sustancias
Psicotrópicas por Inhalación.

Reglamento para la Expedición de Pasaportes.

Reglamento para la Campaña contra las enfer-
medades venéreas.

Reglamento para la Prevención y Control de la
Contaminación Atmosférica Originada por la --
Emisión de Humos y Polvos.

Reglamento para la Prevención y Control de la
Contaminación Ambiental Originada por la Emi-
sión de Ruidos.

Reglamento del Patronato para Menores.

Reglamento de la Ley de Información
Estadística y Geográfica.

Reglamento de la Policía Preventiva del
Distrito Federal.

Reglamento de Faltas de Policía en el Distrito Federal.

Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano.

Reglamento sobre Publicaciones y Revistas Ilustradas.

Nuevo Reglamento de Vendedores de Billetes de Lotería.

Reglamento de Labores Peligrosas o Insalubres para Mujeres y Menores.

Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión y de la Ley de la Industria Cinematográfica. Relativo al Contenido de las --- Transmisiones en Radio y Televisión.

Reglamento para la Expedición de Certificados de Nacionalidad Mexicana.

Decreto por el que se crea el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

Decreto que Reestructura al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

Decreto por el que se Crea el Consejo Nacional de Recursos para la Atención a la Juventud.

Decreto por el que se Crea el Instituto Nacional del Deporte.

Decreto por el que se Crea el Centro de Estudios de Farmacodependencia.

Decreto por el que se Crea el Instituto Mexicano de Psiquiatría.

Decreto por el cual se prohíbe la entrada y estancia de los niños menores de dos años en teatros y cinematógrafos.

Acuerdo por el que se Reafirma y Fortalece el Culto a los Símbolos Nacionales.

Acuerdo por el que se establece las bases para la prestación del Servicio Social, - Educativo por los alumnos de Educación me dio superior y de tipo superior.

Normas de Organización y Funcionamiento de los Centros de Desarrollo Infantil de la - Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Convenio Internacional para la represión - de la circulación y del tráfico de publi-- caciones obscenas.

Por lo que corresponde a la función ejecutiva del Estado, no necesita ser enunciada la actividad desarrollada por el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la - Familia (DIF), tanto a nivel federal, como a nivel estatal e incluso municipal.

Consideramos pertinente el dejar señalado en este espacio un testimonio de reconocimiento a la función que -- desempeña ese H. Organismo en beneficio de la familia y de la niñez, lamentando el no poder desarrollar ampliamente -- nuestro trabajo desde este punto de vista, por no ser el -- objetivo señalado.

En cuanto a la función judicial, de la consulta - de los diferentes Códigos de Procedimientos y Sustantivos - consultados aparece como regla general el que todos los pro

blemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad, otorgando al juez de lo familiar facultades para intervenir en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, con el fin de preservarla y de proteger a sus miembros; también se les impone la obligación a los jueces y tribunales, de suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, en todos los asuntos del orden familiar y, en general, el reconocimiento de las más amplias facultades que se le otorgan en ese tipo de controversia.

En numerosas resoluciones nuestro más Alto Tribunal ha sostenido la importancia y trascendencia social que tienen los juicios de amparo en los que se puedan afectar los derechos de menores. Para ese efecto, reproducimos la siguiente:

IMPORTANCIA Y TRASCENDENCIA SOCIALES. LA TIENEN LOS JUICIOS DE AMPARO EN CONTRA DE SENTENCIAS INAPELABLES RELATIVAS A LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, O QUE AFECTEN EL ORDEN Y ESTABILIDAD DE LA FAMILIA, Y POR TANTO LA COMPETENCIA LEGAL SE SURTE EN FAVOR DE LA TERCERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.- Esta Sala, con apoyo en la facultad discrecional que le otorga el artículo 26, fracción XII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, estima de importancia y trascendencia soci-

ales, las controversias que versan sobre la guarda y custodia de menores de edad, en razón de que tales cuestiones -- afectan al orden y estabilidad de la familia, cuya organización y desarrollo debe proteger la ley, por mandato del artículo 4º constitucional, primer párrafo, pues la familia es la base de la sociedad, al constituir un grupo social -- primario y fundamental, determinando por vínculos de parentesco, en cuyo seno nacen, crecen y se educan las nuevas generaciones y la solidaridad suele manifestarse en mayor grado, y por tanto, el Estado, por medio del orden jurídico, -- reconoce a la familia como una institución de orden público y procura que la formación de los hijos se lleve al cabo -- dentro del núcleo familiar, el cual se considera insubstituible. Por consiguiente, en las controversias en que se pueda afectar la situación o los derechos de menores, la sociedad y el Estado tienen interés en que tanto dichos menores como sus derechos, sean protegidos y salvaguardados, y por ello, conforme a lo dispuesto por los artículos 107, fracción II, párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 76 de la Ley de Amparo, esta Sala sustenta el criterio de que procede la intervención oficiosa de los jueces de amparo en los juicios de garantías -- que puedan afectar a menores o incapacitados aunque no figuren como quejosos, teniendo en cuenta que la finalidad --

substantial de tales preceptos es la de proporcionarles todos los beneficios inherentes a la institución de la suplen-
cia de la queja, mayormente que aún en los juicios de garan-
tías en que no procede tal suplencia, el artículo 79 de la
citada Ley de Amparo, faculta a la Suprema Corte de Justi-
cia, a los Tribunales Colegiados de Circuito y a los Jueces
de Distrito, para corregir los errores que adviertan en la
cita de los preceptos constitucionales y legales que se --
consideren violados y a examinar en su conjunto los agravi-
os y conceptos de violación, así como los demás razonamien-
tos de las partes, a fin de resolver la cuestión efectiva-
mente planteada. En tal virtud, aún cuando la sentencia re-
clamada no haya sido dictada en apelación, sino en un jui-
cio de única instancia y por tal motivo, la competencia se
surte en principio en favor del Tribunal Colegiado corres-
pondiente en términos del artículo 7º bis, inciso c), del -
Capítulo III bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial de -
la Federación, esta Tercera Sala, en uso de la referida fa-
cultad discrecional que le otorga la fracción XII del ar-
tículo 26 de la propia Ley, considera que dada la importan-
cia y trascendencia social de las cuestiones relativas a la
guarda y custodia de menores y en razón de su jerarquía y -
para evitar tesis contradictorias, le corresponde la compe-
tencia legal para resolver los juicios de amparo que versen
sobre esas cuestiones asícomo de los juicios de amparo que

afecten al orden o estabilidad de la familia, no obstante - que se trate de juicios de garantías promovidos en contra - de sentencias de primera instancia que no admitan el recurso de apelación o sea de aquéllas dictadas en juicio de -- única instancia.

Amparo directo 986/82.- Ramiro Cisneros Cruz.-
5 de abril de 1984. 5 votos.- Ponente: Ernesto
Díaz Infante.- Secretario: Gilberto Pérez He--
rrera.

Ahora bien, como señalamos al principio de este - trabajo la familia como agregado natural es anterior que el Estado y se encuentra por encima de él, por lo que el interés familiar deviene de la misma manera, o sea, que la patria potestad constituye una función natural que es anterior e independiente del Estado, y que son los padres a los - que por naturaleza les corresponde proteger, formar y edu-- car a sus hijos, para lo cual deben contar con la suficiente autoridad. El Estado debe ser un vigilante del cumpli--- miento de los deberes antes señalados y sólo en los casos - excepcionales, como el que indicamos al principio de este - capítulo puede justificar su intervención, o bien, también debe hacerse notar en los casos de niños abandonados o ex- pósitos, en donde se hace necesaria una intervención más --

radica, más severa. Pero en los casos normales, o de cumplimiento razonablemente aceptado, debe el Estado abstenerse - de actuar, pues el derecho subjetivo de que hablamos en el momento oportuno, o sea, el que corresponde al padre y que puede ejercitar frente a terceros, también es ejercitable - frente al Estado mismo, cuando su actividad le impida al -- padre el ejercicio normal de la patria potestad.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

VII.- Tendencias actuales en la patria potestad

En las diversas legislaciones que consultamos, advertimos que, en general, existe actualmente la tendencia -- del Estado para intervenir en el ámbito antes reservado a -- la patria potestad, la que cada vez es mayor y admisible en los casos que más adelante señalamos.

Básicamente la intervención es con motivo del incumplimiento de los deberes de los padres, o bien, por no -- ejercerla adecuadamente en beneficio de los hijos. La inter -- vención consiste en la posibilidad de decretar la suspensión o pérdida de la patria potestad, toda vez que de acuerdo con la naturaleza de ese derecho, la misma es sensible al abuso y, por ello, es razonablemente aceptada la intervención que hace el Estado por conducto del juez y de otras autoridades, para controlar o limitar su ejercicio.

En ese orden de ideas, la intervención del juez es determinante en los juicios que se le planteen ya sea que se trate de la pérdida o de la suspensión de la patria potestad; por ejemplo, como lo establece el Código Civil para el Distrito Federal, en los Artículos 444 y 447.

También resulta relevante la intervención del juez en los casos de divorcio necesario, en donde deberá fijar la situación de los hijos, gozando de las más amplias facultades.

des para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello y, además, llamará, en su caso, al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, o designará tutor (Artículo -- 283 del Código Civil para el Distrito Federal).

En la legislación en comento, se plasman los principios generalmente aceptados en la legislación comparada, que justifican la intervención del Estado en la patria potestad, que se realiza a través del juez en los casos de -- limitación, suspensión y privación de la misma, en contra -- de quienes no cumplen con la función que ésta implica; además, en la misma legislación encontramos que la tendencia -- actual de la intervención del Estado en la patria potestad no para únicamente en lo concerniente a los casos antes señalados, sino que abarca al deber de educación y guarda. Y así, tenemos que la patria potestad se pierde cuando el que la ejerza es condenado dos o más veces por delitos graves, o, condenado expresamente a la pérdida de ese derecho; en -- los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el Artículo 283, antes comentado; cuando por las costumbres de -- pravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de --

sus deberes, pudieran comprometerse la salud, la seguridad - o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayere**n** bajo la sanción de la ley penal, y por la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses (Artículo 444). Se suspende la patria potestad, por sentencia condenatoria que imponga como pena esa suspensión (Artículo 447)

En lo que respecta a los deberes de guarda y educación, se sujeta su ejercicio, 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 (Artículo 413). Respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio y cuando los padres se separen, continuará ejerciendo la patria potestad el progenitor que designe - el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto los - progenitores (Artículo 417). En caso de que los ascendientes tengan que entrar al ejercicio de la patria potestad por faltar los padres, de acuerdo con lo establecido en las fracciones II y III del Artículo 414, la ejercerán en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso (Artículo 418). Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutelas que las personas - que tienen al hijo bajo su patria potestad no cumplan con la

obligación de educarlos convenientemente, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda (Artículo 422). Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les -- presten el apoyo suficiente a efecto de educarlos convenientemente y en su caso corregirlos (Artículo 423).

Por lo que toca a los bienes del hijo que se encuentra sujeto a la patria potestad, los que la ejercen necesitan autorización judicial para celebrar convenios o transacciones en el juicio que sea de interés para el hijo (Artículo 427).

Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni grabar 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 la autorización del juez competente (Artículo 436). En caso de que se conceda licencia judicial a los que ejercen la patria potestad para enajenar los bienes antes mencionados, el juez tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la -- venta se dedique al objeto a que se destinó y para que se invierta el resto en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor; mientras tanto, el -- que ejerce la patria potestad no podrá disponer del precio de la venta, sin orden judicial (Artículo 437). En el caso de --

que las personas que ejercen la patria potestad tengan un -- interés opuesto al de los hijos, éstos serán representados -- en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez -- para cada caso (Artículo 440). Los jueces tienen facultad -- para tomar las medidas necesarias para impedir que, por la -- mala administración de quienes ejercen la patria potestad, -- los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan; medida que puede tomarse a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso (Artículo 441).

En términos generales, los casos señalados justifican la intervención del Estado en la patria potestad, y -- son generalmente aceptados en la legislación comparada, la -- que no reproducimos para evitar una prolijidad que consideramos innecesaria.

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

DEBERES Y DERECHOS DE LA PATRIA POTESTAD

I.- Los sujetos de la patria potestad

1. Sujetos activos de la patria potestad

A. Filiación matrimonial

B. Filiación extramatrimonial

C. Filiación adoptiva

2. Sujetos pasivos de la patria potestad

II.- Efectos personales de la patria potestad

1. Deberes de los hijos

A. Deber de obediencia

B. Deber de respeto

C. Otros deberes

2. Función de los padres

A. Guarda y dirección

a) Alimentos

b) Convivencia

c) Educación

B. Representación

C. Corrección

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

DEBERES Y DERECHOS DE LA PATRIA POTESTAD

I.- Los sujetos de la patria potestad

A la patria potestad como función se la hace consistir en el aspecto interno, en las relaciones de los sujetos - que le son propios; por un lado, los que la ostenta y, por el otro, sobre quien se ejerce.

En el carácter de función que tiene actualmente la patria potestad, al que ya aludimos en el primer capítulo de este trabajo, al puntualizar acerca de los sujetos que participan en la relación jurídica, encontramos que quienes la -- ejercen tienen una serie de poderes-deberes que constituyen -- el carácter tuitivo de la patria potestad (proteger, educar, instruir, etc.), resultando ser los sujetos activos de la patria potestad.

En la misma relación jurídica, pero en el extremo opuesto, se encuentran las personas sobre las que se ejerce la patria potestad, a las que se les reconoce el derecho de ser protegidas, educadas, instruidas, en atención a su falta de madurez psíquica y como consecuencia de su incapacidad de obrar y, por ese carácter receptor que guardan respecto del

otro sujeto, devienen como sujetos pasivos en la relación.

1. Sujetos activos de la patria potestad

Consideramos que al tratar la concepción moderna -- de la patria potestad adelantamos algunas conclusiones, una -- de ellas en el sentido de que la función encomendada a los -- sujetos activos a quienes se otorgan derechos como medios de cumplir con los deberes, se estructura como función dual.

Esto es, en las diversas legislaciones consultadas, para ejercer la patria potestad son llamados los padres conjuntamente, por ser una función propia de la paternidad y de la maternidad, que surge al establecerse la filiación.

En su oportunidad señalamos que la patria potestad en un principio fue ejercida exclusivamente por el padre y -- que la madre entraba al ejercicio de ese derecho de manera -- subsidiaria, o sea, en defecto del padre; incluso en nuestra legislación de tendencia romano-canónica y española, mantuvo los postulados que en este renglón impedía a las mujeres el -- ejercicio de la patria potestad, atribuyéndose por el legisla -- dor de 1870 el ejercicio de la patria potestad a las madres -- y a las abuelas, para arribar en la legislación vigente del -- Distrito Federal de 1928 al principio de igualdad de padre y madre en el ejercicio de la patria potestad, desempeño con --

características de función dual que, a falta de uno de ellos, recae en el otro.

Igualmente, quedó asentado que la patria potestad es el efecto más importante de la filiación, pues una vez que ésta última queda legítimamente determinada, surge dicha institución.

Ahora bien, de lo anterior inferimos que la patria potestad aparece en todos los casos de filiación, sea matrimonial, extramatrimonial, adoptiva, etc., y por esa razón analizaremos al sujeto activo de la patria potestad en todas y cada una de las expresiones antes señaladas.

A. Filiación matrimonial

Acorde con el Artículo 4º de nuestra Carta Magna, que señala que el varón y la mujer son iguales ante la Ley, el Código Civil para el Distrito Federal con vistas al anterior imperativo establece la igualdad del hombre y de la mujer dentro del matrimonio y estatuye entre otros preceptos en el Artículo 163, que ambos cónyuges disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales en el domicilio conyugal.

Como reflejo de lo anterior, el Código en consulta consagra el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre -

los hijos, sin establecer una división de poderes y facultades entre ambos padres, por lo que la función concedida a -- ambos, serán cumplidas conjuntamente por los cónyuges, ora -- con respecto a la persona, ora con relación a los bienes de los hijos.

En caso de desacuerdo de los cónyuges, tendrán que acudir ante el juez de lo familiar quien resolverá lo que -- convenga, teniendo en cuenta el interés primordial de los -- hijos.

Si la patria potestad tiene su origen en la filia-- ción, esto es, en el hecho biológico de la paternidad y de la maternidad, razón por la que, a falta de padres que puedan -- ejercer la patria potestad, la ley otorga a los ascendientes más próximos, o sea a los abuelos, paternos y maternos, por su orden, el derecho de ese ejercicio.

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 la abuela maternos.

Parece que en el caso de la filiación matrimonial, la ley en comento establece un criterio rígido mediante un -- orden de prelación en favor de los abuelos paternos en pri-- mer lugar, y en segundo lugar a los abuelos maternos. Al juez

se le impone el deber de respetar ese orden.

Cabría al respecto el comentario de que en los hijos habidos dentro de matrimonio, en el caso concreto de un conflicto sobre el ejercicio de patria potestad de ascendientes - de ulterior grado, la aplicación del criterio rígido impuesto - por los dispositivos antes señalados, pudieran dejar desprotegidos a los hijos, al evitársele al juez la posibilidad de anlizar las circunstancias del caso.

Como quiera que sea, en los casos de filiación matrimonial el sujeto activo de la patria potestad lo son: el padre y la madre; el abuelo y la abuela paternos, y el abuelo y la abuela maternos. El ejercicio de ese derecho es común, dual y conjunto de las personas que son llamadas a esa función, y unicamente por la falta de alguna de las dos personas a quienes - corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho. Tal situación la regula el Artículo 420 del Código Civil en comento, que a la letra reproducimos.

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

Al no establecerse en la ley facultades exclusivas para cada una de las personas que ejercen la patria potestad derivadas de esa función, se manifiesta ese derecho como una unidad de acción dirigida al sujeto pasivo de la relación, - para el mejor cuidado de su persona y de sus bienes. Por tal motivo es que, a falta de uno de los padres, el otro pasará a ejercer la patria potestad íntegramente, y lo mismo sucede con los abuelos, a falta de uno de ellos, el cónyuge que que de la ejercerá singularmente.

B. Filiación extramatrimonial

Reiteramos que la filiación es la fuente de la patria potestad, por esa razón es que los padres que no se encuentren unidos en matrimonio tienen el deber de ejercerla - respecto de los hijos que procrean, con la igualdad de deberes y derechos que señalamos al tratar la filiación matrimonial; sin embargo, la misma ley que comentamos estableció aspectos de excepción que creemos pertinente tratar a continua ción.

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.

Es necesario que distingamos entre la guarda y custodia que se tiene de un hijo, al ejercicio de la patria potestad que sobre el mismo se ejerce, para lo cual reproducimos los preceptos que regulan ambas situaciones en el caso de que los padres vivan separados.

Artículo 380. Cuando el padre y la madre que no viven juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá 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.

Artículo 381. En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniera 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 interesados y del Ministerio Público.

Ahora bien, los padres de los hijos habidos fuera de matrimonio pueden vivir juntos o separados, de tal suerte que, si se encuentran viviendo juntos, el caso no es de excepción y se encuentra la situación regulada por el Artículo 415 antes transcrito, respecto de la patria potestad y de la guarda y custodia de los hijos.

En caso que vivan separados, la patria potestad la seguirán ejerciendo ambos progenitores, pero la guarda y custodia corresponderán al que señale los Artículos 380 y 381.

La situación antes mencionada se resuelve de la manera que señalamos, en virtud de que la guarda y custodia -- vienen a ser el elemento material de la patria potestad.

Como una similitud existente en la filiación matrimonial, en la extramatrimonial que venimos comentando, encontramos la función dual de ambos progenitores y en el caso de imposibilidad del ejercicio de uno de ellos, existe el derecho del otro para ejercerla exclusivamente. Lo que es acorde con el sistema observado en el Código en comento.

Artículo 416. En los casos previstos en los Artículos 380 y 381, cuando por cualquiera circunstancia deje de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro.

Otro caso de excepción: cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, -- cuál de ellos tendrá la guarda y custodia; dicha situación -- se resuelve en primer término con el mutuo acuerdo de los -- progenitores, por ser esa la mejor solución en los casos de la filiación analizada, pues nadie mejor que los padres para saber lo que más beneficia a los hijos. En caso de desacuerdo sobre ese punto, el derecho corresponderá al progenitor --

que designe el juez, teniendo siempre en cuenta la conveniencia de los hijos.

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

Cabe el comentario respecto del artículo anterior, en el sentido de que el mismo origina una confusión de fondo, pues su redacción conserva el término patria potestad cuando debía decir guarda y custodia, atendiendo a las reformas que en ese sentido sufrieron los Artículos 380 y 381 del mismo -- Ordenamiento, publicadas en el Diario Oficial el 24 de marzo de 1971, o sea, en ellos se reemplazó el término patria potestad por el vocablo custodia, lo que no se observó en el precepto legal invocado y que motiva la confusión señalada.

Por último, en caso de falta de padres que ejerzan la patria potestad, en la filiación en comento se presenta -- una situación de hecho que debe ser resuelta en cada caso -- concreto, resultando ser diferente de la filiación matrimonial que ya analizamos y en la que notamos el carácter rígido de la ley en el orden de prelación de los llamados a ejercer la patria potestad. Así las cosas, en esta filiación el Juez de lo Familiar es el que determina el orden en que en-

tran los ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del Artículo 414.

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.

Este precepto, notamos, permite al Juez discrecionalidad en sus determinaciones, pues al resolver a quienes de los ascendientes corresponde ejercer la patria potestad, el orden se determinará tomando en cuenta las circunstancias del caso, lo que redundará en el beneficio de los hijos -- pues la prestación judicial será en este caso motivada por la libertad que gozará el arbitrio judicial.

C. Filiación adoptiva

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

Es conocido que la adopción en nuestro sistema jurídico tiene el carácter de semiplena, lo que significa que al adoptado no se le afectan los vínculos que tiene con su familia de origen, con la que continúan todos sus derechos y

obligaciones. La única excepción la constituye la patria potestad, la que se transmite al o a los adoptantes.

De esa manera los adoptantes adquieren el carácter de padres, con los mismos derechos y obligaciones respecto de la persona y bienes de los hijos, lo que se traduce en el ejercicio de la patria potestad.

Artículo 395. El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos.

El adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción.

Como cuestión correlativa, la ley otorga al adoptado los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo para con los adoptantes: alimentos, derechos sucesorios; obligaciones morales.

Artículo 396. El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo.

Conviene para los efectos de este apartado señalar que en el Código Familiar para el Estado de Hidalgo se regula de manera diferente la patria potestad cuando se trata de la adopción, por tener la misma el carácter de plena como lo

hemos señalado con anterioridad. Reproducimos para ese efecto los diferentes preceptos legales.

Artículo 233. La patria potestad se extingue para los padres biológicos, cuando hayan dado a sus hijos en adopción.

Artículo 214. La adopción crea el vínculo jurídico de la filiación, igual al de la filiación consanguínea.

Artículo 215. Con la adopción, el adoptado se integra plenamente como miembro de la familia de los adoptantes, y tiene todos los derechos y obligaciones inherentes a un hijo biológico.

Artículo 216. El parentesco derivado de la adopción, existe entre los adoptantes y el adoptado y las familias de los que adoptan.

Artículo 217. La adopción produce los efectos siguientes:

I. Permite al adoptado llevar los apellidos de los adoptantes.

II. Rompe todos los vínculos consanguíneos con la familia del adoptado, subsistiendo los impedimentos para contraer matrimonio.

III. Darse alimentos recíprocamente, entre adoptantes, adoptado y la familia de aquel.

IV. Atribuir la patria potestad, al adoptante.

V. En general, todos los derechos y obligaciones existentes entre padres e hijos.

2. Sujetos pasivos de la patria potestad

Como regla general, sobre este punto, encontramos que en todas las legislaciones afiliadas a la corriente comparatista, la patria potestad comprende como sujetos pasivos a todos los menores de edad, no emancipados, que tienen ascendientes, generalmente padre o madre, llamados a ejercerla y no se hayan permanente o transitoriamente incapacitados, o impedidos para dicho ejercicio. (43)

La única diferencia encontrada en las legislaciones estriba tan sólo en la edad fijada para la mayor edad, o en su caso, para la emancipación; sin perjuicio, que dentro de los límites de la minoría de edad existen situaciones o estados intermedios en los cuales el menor de edad si bien es cierto que no tiene la capacidad jurídica de ejercer por sí mismo sus derechos y que por ese motivo tiene que ser representado legalmente, también lo es que va adquiriendo conforme avanza en su edad, cierto grado de capacidad en el ejercicio de esos derechos, por ejemplo, adquiere la capacidad para otorgar testamento, para contraer matrimonio, para nombrar tutor, aprobar cuentas de la tutela, o bien consentir en la adopción.

(43) FERNANDEZ CLERICO, Luis. Ob. cit. pág. 281.

En ese orden de ideas y reiterando que la fuente de la patria potestad lo es la filiación, devienen los hijos a ser los sujetos pasivos de la patria potestad, siempre y cuando reunan determinados requisitos, lo anterior sin importar que sean habidos en matrimonio, fuera de él o adoptivos. Como requisitos podemos señalar:

A. Minoría de edad (Artículo 646. La mayor edad comienza a los 18 años cumplidos. Código Civil para el Distrito Federal).

B. No emancipado (Artículo 641. El matrimonio del menor de 18 años produce de derechos la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad. (Código Civil para el Distrito Federal).

C. No orfandad, es decir contar con ascendientes.

D. Filiación establecida.

Ahora bien, dos elementos determinan al sujeto pasivo de la patria potestad: la edad y el carácter de la filiación.

En el primer elemento encontramos:

A. Las personas por nacer. Conforme al texto del Artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento -

en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados - en el presente Código.

En este caso, de acuerdo con el contenido del precepto transcrito, encontramos límites por razones naturales a su aplicación; máxime, que el Artículo 337 del mismo Ordenamiento señala: Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad. Este precepto señala el momento en que se inicia la personalidad jurídica y la situación que guarda el nasciturus.

B. Los menores de edad. La minoría de edad termina - por llegar el hijo a la mayoría de edad o por su emancipación.

En el segundo elemento, corresponde señalar que es la filiación en cualquiera de las formas que se presente, ya sea biológica o jurídica.

II.- Efectos personales de la patria potestad

1. Deberes de los hijos

La función tuitiva que es propia de la patria potestad contiene básicamente deberes para los padres sin perjuicio que, de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, para el cumplimiento de la función que les es encomendada, se requiera que los hijos observen una conducta adecuada a esa situación.

Ahora bien, si la patria potestad otorga a los padres derechos para que puedan cumplir con la función que la misma implica, de la misma manera impone deberes a los hijos. Entre ellos surge como fundamental el de obediencia, alrededor del cual gravitan todos los demás. Lo anterior sin perjuicio de que otros deberes tomen su origen más bien en la filiación que en la patria potestad.

A. Deber de obediencia

No encontramos en la Legislación Civil para el Distrito Federal texto legal que expresamente señale el deber de obediencia que los hijos tienen para con los padres, en la forma en que se repite en numerosas legislaciones, lo que resulta lamentable en este caso.

Por ejemplo, en el Código Civil español actualmente reformado, el Artículo 155 expone: Los hijos deben: 1º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad - y respetarles siempre.

El Código Civil argentino en la primera parte del Artículo 266, señala:--Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres.

Se ha considerado que en las legislaciones en las que aparece regulado el deber de obediencia, se consagra legalmente un deber moral, pero se duda de su significado jurídico ya que su cumplimiento no puede obtenerse compulsivamente ni su incumplimiento acarrea consecuencias jurídicas, no obstante que este deber puede ser considerado la base de la autoridad paterna. (44)

El deber de obediencia supone, concretamente, el cumplimiento por el hijo de las órdenes lícitas dadas por -- los padres en el ejercicio de las facultades que estos gozan. El hijo obedece, por ejemplo, al vivir y permanecer en la -- casa de los que ejercen la patria potestad, sin que pueda dejarla faltando el permiso de ellos o decreto de la Autoridad competente, al acompañar a éstos cuando cambien de residen--

(44) FELIUSCIO, Augusto César. Ob. cit. pág. 269.

cia, al estudiar en el establecimiento docente que aquellos - designen, al aceptar el castigo lícito de sus padres, al li-- mitar sus relaciones personales de acuerdo con los deseos de éstos, etc. Desobediencia será la negativa a aceptar las de-- cisiones de los que ejercen la patria potestad en algunos de esos casos, sin que pueda ser considerada como tal cuando no se acaten las órdenes de los padres que se puedan reputar -- contrarias a derecho o constituyan extralimitaciones de las facultades que éstos gozan; por ejemplo, el hijo no puede --- estar obligado a obedecer ordenes corruptoras, ni las que --- impliquen la ejecución de ejercicios peligrosos, ni las que - tengan por objeto dedicarlo a la mendicidad u obligarlo a --- aceptar castigos de dureza excesiva. (45)

Una consecuencia de la desobediencia de los hijos - a las órdenes adecuadas y lícitas de los padres, es la facultad de corrección que tienen estos últimos y que les confie-- re el Artículo 423 del Código Civil para el Distrito Federal.

Deber de respeto

Expresa el Artículo 411 del Código Civil para el -- Distrito Federal. Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y de-- más ascendientes.

(45) CASTAN VAZQUEZ, José M. Ob. cit. pág. 172.

Esta regla jurídica tiene como antecedente legislativo el Artículo 371 del Código Civil francés, que estatuye: Los hijos en cualquiera edad deben honrar y respetar a sus ascendientes. La regla es solamente un precepto moral, cuyo objeto simplemente recuerda que la supresión de la patria potestad a partir de la mayoría de edad del hijo, no lo libera de sus deberes para con sus padres; en consecuencia, resulta clara la parte capital de esos preceptos, constituida por las palabras "cualquiera edad". (46)

Reforzando la anterior idea, es posible aseverar que el deber de respeto que tienen los hijos respecto de -- los padres tiene su fundamento en el derecho natural, pues en el Decálogo Bíblico en el Cuarto Mandamiento se ordena honrar al padre y a la madre.

De esa suerte, consideramos que a quienes sostienen que el deber de respeto procede de la filiación y no de la patria potestad, les asiste la razón, pues el deber de respetar a los padres subsiste incluso despues de estinguida ésta. Sin embargo, este deber se incluye dentro de la patria potestad por constituir una obligación de los sujetos a ésta. (47)

(46) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Ob. cit. pág. 255

(47) CASTAN VAZQUEZ, José M. Ob. cit. pág 173.

En ese sentido, cabe señalar que la obligación del hijo de honrar y respetar a sus padres se prolonga aún después de -- que estos mueran y solamente puede cumplirse, si se reconoce que el hijo tiene derecho de escoger el lugar en que han de ser sepultados sus progenitores, siempre que no exista disposición expresa de los difuntos al respecto, pues el derecho a la disposición del cadáver es de carácter familiar cuyo contenido es de carácter moral y afectivo, que corresponde a los parientes que por lazos de estimación, afecto, respeto y piedad, estén más vinculados con el difunto.

En ese sentido se manifestó nuestro más Alto Tribunal al sostener en la tesis publicada en el informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su presidente señor Licenciado Alfonso Guzmán Neyra al terminar el año de 1970, que obra en la Segunda Parte, Primera, Segunda, --- Tercera y Cuarta Salas, página 23, que a la letra dice:

CADÁVER. DERECHO A LA DISPOSICION DEL. El derecho a la disposición del cadáver es de carácter familiar, que se desplaza del orden común de las relaciones jurídicas para constituir un derecho sui generis, cuyo contenido es de carácter moral y afectivo, y que compete a los parientes que -- por lazos de estimación, afecto, respeto y piedad, estén más vinculados con el difunto y, en el caso a estudio, tales --- vínculos no pueden ser otros, más fuertes, que los estableci

dos, naturalmente, entre madre e hijo, a más de que, en justa correspondencia a las obligaciones y deberes que a los padres impone la patria potestad, (como es el derecho de guarda que implica el deber de velar sobre el cuerpo y la memoria del -- hijo después de su muerte, y de regular las exequias y sepultura de éste), se encuentra la obligación del hijo (artículo 411 del Código Civil, de honrar y respetar a sus padres, cualquiera que sea la edad y condición de aquél, y esa obligación de honrar y respetar a los padres debe entenderse que se prolonga aún después de que éstos mueran; obligación que sólo se puede cumplir cabalmente reconociendo al hijo el derecho (a falta de disposición expresa del difunto, como ocurre en el -- caso) de escoger el lugar en que ha de ser sepultado su progenitor, pues sólo así puede cumplir con esa obligación y, correlativamente, ejercitar el derecho, cuya autorización es -- una suerte de tutela sobre el destino de los restos de la persona fallecida, orientada a la mejor conservación de los mismos, y especialmente destinada a perpetuar su memoria y a mantenerla viva en el seno de la familia y de la sociedad.

A.D. 2435/70.- María del Carmen Mendoza Vargas.-

29 de octubre de 1970.- Unanimidad de 4 votos. -

Ponente: Lic. Ernesto Solís, Srío.: José Galván

Rojas.

C. Otros deberes

Es indiscutible que la patria potestad cuya génesis encontramos en el Derecho Natural y que surge en el Derecho Positivo como el efecto más relevante de la filiación, nos exija, hoy más que nunca, de una meditada renovación, - cuyas manifestaciones se vienen postulando en diversas legislaciones, en las que además de regularse los deberes de obediencia, respeto y honra que los hijos deben a sus padres y demás ascendientes, se pronuncian por otros diferentes - deberes que pudieran tener su origen en la filiación o derivar de la misma patria potestad, por tener contenidos de -- carácter moral y afectivo que son distintivos del carácter familiar que matiza estos derechos.

En ese orden de ideas el Artículo 235 del Código -- Familiar para el Estado de Hidalgo señala. El hijo debe honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, estando - obligado a cuidarlos en su ancianidad, estado de interdic-- ción o enfermedad, y proveer a sus necesidades en todas las circunstancias de la vida.

El deber que se señala en la novedosa Legislación Familiar comentada es de asistencia moral y cuidados personales de los padres.

No obstante lo anterior, existen regulados los de-

beres antes señalados como derivados del parentesco y de la filiación, pues al tratar de la tutela legítima el Código - Civil para el Distrito Federal establece en el Artículo 487 Los hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre - viudos. Lo anterior en los casos de la tutela legítima en - los casos de interdicción. Sin embargo, los anteriores no - son sino una reiteración de los deberes que son propios de la patria potestad y los de la tutela son subsidiarios de - la misma.

En el Código Civil para el Distrito Federal, no - encontramos en el Título de la patria potestad, un deber de asistencia y cuidados personales bien delimitado, pero, en - su caso, de acuerdo con el Artículo 304 los hijos están obli- gados a dar alimentos a los padres, y a falta o por imposibi- lidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado.

2. Función de los padres

Al desarrollar los contenidos que la patria potes- tad tiene en la concepción moderna, en el primer capítulo - de este trabajo, consideramos estar en posibilidad de ade- lantar conclusiones, tales fueron en el sentido de que la - patria potestad en la actualidad ha perdido los vestigios -

del antiguo poder absoluto del pater familias, estructurándose se la misma como una función dual del padre y de la madre; - que el respeto a la personalidad del hijo adquiere preponderancia y se traduce en regla y medida de la educación y trato que debe de recibir, puntualizándose en el ejercicio de la patria potestad la intervención y vigilancia de la autoridad estatal.

Ahora bien, visto de conjunto la patria potestad - modernamente se concibe y regula teniendo en cuenta su carácter de función que la ley encomienda a los progenitores en beneficio de los hijos, afirmándose que los derechos que la ley les otorga son un medio de cumplir con los deberes. Por tal motivo preferimos desarrollar en este apartado los poderes-deberes que configuran la patria potestad, refiriéndonos a las funciones de los padres.

Si la patria potestad tiene sus raíces más profundas en el derecho natural, como consecuencia lógica, las funciones que la misma encomienda a los padres tienen igual fundamento, denotando por ello el carácter moral de esa institución. Hemos señalado que la patria potestad en la corriente comparatista postula que los padres tienen respecto de sus hijos una encomienda tuitiva, por lo que creemos necesario abordar en este capítulo las funciones que el derecho les atribuye tanto en los preceptos constitucionales, como -

en la legislación civil en que se suelen regular, o en los códigos familiares cuando se cuenta con ese tipo de ordenamientos.

A. Guarda y dirección

En el Artículo 413 del Código Civil para el Distrito Federal, se estatuye: La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

Por otra parte, en el mismo Ordenamiento el Artículo 421 señala: 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 competente. A su vez, el Artículo 422, establece: A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Además el Artículo 423, preceptúa: Para los efectos del artículo anterior, los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. Las autoridades en

caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente. Por último, completando la anterior idea el Artículo 424, regula: El que esta sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez.

Los anteriores numerales se ubican en el Capítulo denominado "De los efectos de la patria potestad respecto a la persona de los hijos" en el que consagra las facultades que este código considera como de guarda y dirección, representación y corrección de los hijos. Estas funciones se consideran como típicas de la patria potestad.

Las funciones a que se refieren los Artículos 421 y 422, antes transcritos otorgan a los padres las correspondientes a la convivencia y a la educación. Sin embargo creemos pertinente insertar en este renglón la obligación o deber alimentario en favor de los hijos, aún cuando se encuentra regulado en el capítulo denominado "De los alimentos", Artículo 303, que a la letra dice: Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximo en grado. Tales funciones, como deberes atribuidos a los padres, conforman -

la función de guarda y dirección, que trataremos a continuación.

a) Alimentos

Este deber guarda un sentido moral y el pronunciamiento legal del mismo, en la legislación en comento, lo encontramos en el Artículo 303 antes transcrito.

Hemos insistido y ahora lo reiteramos, al considerar que este es el momento adecuado, que la prestación alimentaria de los padres hacia los hijos tiene su génesis en la filiación y de una manera espontánea se cumple la misma con la convivencia familiar; es decir, durante el desarrollo normal de la familia.

Ahora bien, en relación a la patria potestad, el deber alimentario produce diversas cuestiones a las que brevemente nos referiremos, a fin de no desorientar el objetivo impuesto en este trabajo.

Por lo que respecta a la cesación de la prestación alimenticia, cabe reproducir el Artículo 320, que dice a la letra: Cesa la obligación de dar alimentos: I.- Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla; II.- Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos; III.- En caso de injuria, falta o daño graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos; IV.- Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de

la falta de aplicación al trabajo del alimentista, y mientras subsistan estas causas, y V.- Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables.

Los aspectos más relevantes en este renglón los podremos sintetizar señalando que el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos (Artículo 285).

En los casos de divorcio necesario, los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos, hasta que lleguen a la mayor edad (Artículo 287) cabe afirmar que esta disposición legal va en contra de la regla general sentada y aceptada generalmente, consistente en que la mayoría de edad no es una causa de cesación del deber alimentario, y que tiene su fundamento en la necesidad del que los recibe y de la capacidad del que debe darlos, quedando aparentemente en desventaja los hijos de padres divorciados, situación que es aparente y que queda corregida por la Jurisprudencia sustentada por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, que aparece publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, págs. 93 y 94 que a continuación se transcribe:

ALIMENTOS. HIJOS MAYORES DE EDAD. OBLIGACION DE PRO

PORCIONARLOS. La obligación de proporcionar alimentos a los hijos mayores de edad no desaparece por el sólo hecho de -- que éstos lleguen a esa edad, en virtud de que su necesidad no se satisface automáticamente por la sola realización de esa circunstancia.

Séptima Epoca, Cuarta Parte:

Vols. 97-102, Pág. 13. A.D. 3248/76. Miguel Estrada Romero. Mayoría de 4 votos.

Vols. 97-102, Pág. 13. A.D. 3746/76. Delfina Méndez de Sánchez. Mayoría de 4 votos.

Vols. 103-108, Pág. 12. A.D. 5487/76. Alfredo Guzmán Velasco. 5 votos.

Vols. 103-108, Pág. 13. A.D. 845/77. Rosa Martínez de De la Cruz y otras. 5 votos.

Vols. 103-108, Pág. 12. A.D. 4797/74. María Francisca Hernández Uresti. 5 votos.

En los casos de divorcio voluntario, los cónyuges estan obligados a presentar al juzgado un convenio enque se fije, entre otras cosas, el modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio (Artículo 273, fracción II).

En los casos de nulidad de matrimonio, el mismo -- produce todos sus efectos civiles en favor de los hijos, sea que se contraiga de buena fe por ambos cónyuges o por parte de uno solo (Artículos 255 y 256).

En el trámite del juicio de divorcio necesario o de nulidad de matrimonio, al admitirse la demanda, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo --- mientras dure el juicio, además de otras disposiciones, las relativas a señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos (Artículo 282, fracción III).

A la prestación alimentaria se le han señalado --- como características, las siguientes: Recíproca (Artículo -- 301); Sucesiva (Artículos 302 a 305); Divisible, al tener por objeto prestaciones pecuniarias; Personal e Intransmisible - (Artículos 1368, 1369 fracción VI, 1374 a 1376); Indeterminada y variable (Artículo 311, en relación con el Artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal); Alternativa (Artículos 309, en relación con el 1962 y 1963); Imprescriptible (Artículo 1160); Asegurable (Artículos 315 y 317), y Sancionada en su incumplimiento, por generar - acción para reclamarla judicialmente, constituyéndo el incumplimiento de ese deber un delito previsto y sancionado en el Código Penal para el Distrito Federal: "Abandono de hijos" -- (Artículos 336 a 339 Código Penal). (48)

(48) MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. El. Porrúa, S.A., México, 1983. Págs. 62 a 68.

En cuanto a los sujetos obligados a prestar alimentos, de acuerdo con la sistemática observada por el Código Civil en consulta, el parentesco señala los límites de la aplicación de la Ley Familiar, resultando ser éste en el parentesco consanguíneo, el colateral dentro del cargo grado, partiendo de la filiación, o mejor dicho, del parentesco de consanguinidad en línea recta o transversal (Artículos 303 a 306).

En el parentesco civil o por adopción, el adoptante y el adoptado tienen la obligación de darse alimentos, en los casos en que la tienen el padre y los hijos (Artículo 307).

b). Convivencia

El derecho-deber de convivencia que tienen los padres con sus hijos, es el elemento natural de la patria potestad, podríamos afirmar que es consecuencia de la misma.

Normalmente este deber se encuentra regulado en la ley, aunque no siempre la reglamentación puede agotar cabalmente los conflictos en particular que se originan.

Por ejemplo, la legislación civil para el Distrito Federal, que venimos consultando, no contiene un precepto legal que de manera expresa postule este deber, como sucede en otras legislaciones, verbigracia la española que en el Artículo 154 del Código Civil, señala: La patria potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos,

tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integrada.

No obstante lo anterior, nuestra legislación en consulta, de acuerdo con la sistemática desarrollada, en diferentes preceptos implícitamente se refiere al deber que comentamos. Se reputa como domicilio legal, del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto. Igualmente es domicilio legal de los cónyuges, aquél en el cual éstos vivan de consuno. (Artículo 31, fracciones I y IV Decreto publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de enero de 1988.) Y 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 competente (Artículo 421).

Ahora bien, el deber de convivencia o guarda y --- custodia como mejor lo conocemos en nuestro ámbito jurídico, produce consecuencias que trataremos a continuación y que se refiere a su naturaleza, cumplimiento, incumplimiento y como derecho subjetivo de los ejercientes de la patria potestad, para reclamar a terceros la devolución del hijo.

La naturaleza de la guarda y custodia de los hijos, tiene su fundamento en el derecho natural, pues entraña la manera normal de cumplir con la patria potestad, en la guarda y custodia encontramos reunidos los poderes-deberes que -

constituyen propiamente el carácter de función que tiene la patria potestad, a los que ya nos hemos referido con anticipación.

Precisamente la guarda y custodia de los hijos es tan amplia en su contenido, que abarca los deberes de educación, vigilancia y corrección, concretándonos en este espacio a tratarlo como el derecho que tienen los ejercientes de la patria potestad a tener a sus hijos en su compañía, o en su caso, de retenerlos, incluso el reclamarlos. Con lo anterior no queremos indicar que los padres tengan un derecho de posesión sobre los hijos, sin perjuicio de que judicialmente se sirvan de la figura procesal de los interdictos para reclamar cuestiones posesorias.

El cumplimiento del deber de guarda y custodia -- normalmente se da en la casa de los que ejercen la patria potestad, o sea, en la familia, "cuya organización y desarrollo debe proteger la ley, por mandato del Artículo 4º -- Constitucional, primer párrafo, pues la familia es la base de la sociedad, al constituir un grupo social primario y -- fundamental, determinado por vínculos de parentesco, en cuyo seno nacen, crecen y se educan las nuevas generaciones y la solidaridad suele manifestarse en mayor grado, y por tanto, el Estado, por medio del orden jurídico, reconoce a la familia como una institución de orden público y procura que la formación de los hijos se lleve al cabo dentro del núcleo

familiar, el cual se considera insustituible".

Consideramos pertinente la transcripción parcial de la tesis jurisprudencial que ya habíamos citado anteriormente, por señalarse en la misma la importancia y trascendencia sociales de las cuestiones tratadas, la que habla por sí misma por su meridiana claridad.

Además del hogar familiar, hogar común u hogar conyugal, según sea de la filiación que se trate, el deber de guarda y custodia puede ser cumplido, en un lugar diferente, por ejemplo internado, o establecimiento educacional, casa de parientes o amigos, de acuerdo a las circunstancias del caso. Lo anterior no permite afirmar que el deber sea renunciable, sino la característica discrecional que tiene esa función.

En caso de conflicto entre las personas que ejercen la patria potestad, es menester resolver sobre la guarda y custodia de los hijos, siendo los casos más comunes cuando se presentan demandas de divorcio, de nulidad de matrimonio o de guarda y custodia en las que los progenitores contenden entre sí para quedarse con la guarda y custodia de los hijos alguno de ellos.

Como actos prejudiciales, el cónyuge que intenta demandar o denunciar o querellarse contra su cónyuge, puede solicitar su separación al juez de lo familiar (Artículo --

205, Código de Procedimientos Civiles para el D.F.). El juez determinará la situación de los hijos menores atendiendo a las circunstancias del caso, tomando en cuenta la prestación alimentaria y su aseguramiento, así como las propuestas de los cónyuges, si las hubiere. (Artículo 213, Código de Procedimientos Civiles citado).

Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, lo que es aplicable en el caso antes señalado, provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, el juez determinará poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pide el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre (Artículo 282, fracción VI, Código Civil citado).

En el divorcio voluntario, los cónyuges están obligados a presentar al juez de lo familiar un convenio en el que, además de otras cuestiones, deberán hacer designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio (Artículo 273, fracción I Código Civil para el

D.F.).

En los juicios de nulidad de matrimonio, cuando la reclamación es entablada por uno solo de los cónyuges, respecto de la guarda y cuidado de los hijos, se dictan las mismas medidas que señala el Artículo 282, fracción VI del Código Civil para el D.F.)

Las sentencias que se dicten con motivo de divorcio necesario, fijarán la situación de los hijos, gozando el juez de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesario para ello -- (Artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal).

En el juicio de divorcio voluntario, el convenio celebrado por los cónyuges al que se hizo referencia, si se considera que no viola los derechos de los hijos y que quedan bien garantizados, se aprobará y elevará a cosa juzgada (Artículos 680 y 682 del Código de Procedimientos Civiles -- para el Distrito Federal).

Cuando la sentencia sobre nulidad de matrimonio -- cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el juez -- resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias --

del caso (Artículo 259 del Código Civil del Distrito Federal).

En lo referente a la guarda y custodia de los hijos procreados fuera de matrimonio, cuando los padres no vivan --- juntos y entablen demanda para quedarse alguno de ellos con -- el cuidado de los hijos, se observa lo dispuesto en los Artícu los 380 y 381 del Código Civil para el Distrito Federal, que - consideramos fue suficientemente explicado al principio de es- te capítulo.

En los juicios de divorcio necesario y voluntario - así como de nulidad de matrimonio, después que haya causado -- ejecutoria la sentencia, los padres tendrán expedito su dere-- cho para promover ante el juez de lo familiar controversias de orden familiar que tengan por objeto la guarda y custodia de - los hijos, pues las resoluciones que se dicten en esta materia, de acuerdo a su naturaleza, son modificables ya sea su carác-- ter provisional o resoluciones firmes (Artículos 94, 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles).

c). Educación

Esta función, como las que llevamos mencionadas has- ta el momento, es de derecho natural, pues a los padres corres- ponde el deber de formar a sus hijos; se presenta no como un - derecho o un deber disyuntivamente, sino como poderes-deberes que en conjunto logran convertir a la patria potestad en una - función.

del caso (Artículo 259 del Código Civil del Distrito Federal).

En lo referente a la guarda y custodia de los hijos procreados fuera de matrimonio, cuando los padres no vivan --- juntos y entablen demanda para quedarse alguno de ellos con -- el cuidado de los hijos, se observa lo dispuesto en los Artículos 380 y 381 del Código Civil para el Distrito Federal, que - consideramos fue suficientemente explicado al principio de este capítulo.

En los juicios de divorcio necesario y voluntario - así como de nulidad de matrimonio, después que haya causado -- ejecutoria la sentencia, los padres tendrán expedito su derecho para promover ante el juez de lo familiar controversias de orden familiar que tengan por objeto la guarda y custodia de - los hijos, pues las resoluciones que se dicten en esta materia, de acuerdo a su naturaleza, son modificables ya sea su carácter provisional o resoluciones firmes (Artículos 94, 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles).

c). Educación

Esta función, como las que llevamos mencionadas hasta el momento, es de derecho natural, pues a los padres corresponde el deber de formar a sus hijos; se presenta no como un - derecho o un deber disyuntivamente, sino como poderes-deberes que en conjunto logran convertir a la patria potestad en una - función.

El Artículo 4º, cuarto párrafo, de nuestra Carta Magna, postula que "Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental".

El Artículo 3o. de la misma Carta Magna, proclama -- como una garantía individual la educación; y por otra parte, -- la Ley Federal de Educación, que reglamenta el derecho a la -- educación que tiene toda persona en los términos del artículo constitucional citado, estatuye que son derechos y deberes de quienes ejercen la patria potestad (o la tutela) el obtener -- inscripción escolar para sus hijos (o pupilos) menores de edad reciban la educación primaria, y hacer que sus hijos (o pupi-- los) menores de quince años, reciban educación primaria (Artícu los 52 y 53).

Por otra parte, además de las anteriores modalidades impuestas a la función educativa de los padres, esta se realiza normalmente por conducto de la escuela, y por este medio, el -- Estado, al reglamentar la instrucción escolar e imponer a las personas que tienen al hijo bajo la patria potestad el deber -- de inscribirlos para que cursen la educación primaria, logra -- su intervención en la patria potestad, lo que se justifica en razón de que esa función no sólo es del interés del hijo y de la familia, sino también del Estado.

Esta función de los padres se reitera en el Código

Civil para el Distrito Federal, al señalar que las personas -- que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlos convenientemente (Artículo 422), y que el -- ejercicio de la misma queda sujeto en cuanto a la guarda y edu cación de los menores, a las modalidades que impriman las res luciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal (Ar- tículo 413).

En la legislación civil, en particular la del Distrii to Federal, no encontramos que el deber de educación se regla- mente cabalmente de acuerdo a su alcance y cumplimiento; quizá se deba que al no contar con un tratamiento sistemático de la filiación, que es generadora de la patria potestad, carezca de una reglamentación adecuada esta función.

Además de que en el Título dedicado a la patria po-- testad, la función de educar a los hijos se regula por los Ar- tículos 413 y 422, encontramos en el Título denominado "Del Ma trimonio", que los cónyuges contribuirán a la educación de sus hijos en los términos que la ley establece (Artículo 164); más adelante, en el Título "Del parentesco y de los Alimentos" dis pone el Código que los alimentos comprenden además de los con- tenidos señalados a esa función, tratándose de los menores de edad, los gastos necesarios para la educación primaria del ali mentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión

honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales - (Artículo 308).

Sobre esta función el Código Civil español, en el Artículo 164 expone: la patria potestad comprende como deberes y facultades que tienen los que la ejercen, el de educar a los hijos y procurarles una formación integral (fracción 1ª).

En ese orden de ideas, creemos estar en posibilidad de afirmar que el Derecho exige que el deber de educación abarque todos y cada uno de los aspectos que contiene - ésta, tales como la instrucción primaria elemental que con carácter obligatorio impone a los que ejercen la patria potestad, para que la proporcionen a sus hijos; así como la educación moral, la religiosa, la profesional, la cívica y la física; en la inteligencia de que estos aspectos de la educación se cumplen por los sujetos activos haciendo que sus hijos cursen la educación primaria elemental.

Como quiera que sea, en virtud de lo asentado hasta este momento, al no existir una regulación adecuada de este deber de educación que tienen los que ejercen la patria potestad, la reclamación judicial que se haga en virtud del incumplimiento normalmente se canaliza a través del juicio genérico de pago de alimentos, dado el contenido que jurídicamente se le otorga a estos últimos, en el que se incluye -

precisamente la educación como ya lo apuntamos en este mismo capítulo.

B. Representación

El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez (Artículo 424 del Código Civil para el Distrito Federal).

Del anterior precepto legal podemos desprender que normalmente los que ejercen la patria potestad tienen la representación de los que se encuentran sujetos a ella, en virtud de su incapacidad natural y legal (Artículo 450, fracción I Código Civil).

Esta institución, la de la representación del sujeto a patria potestad, tiene por objeto la protección del menor y la de los terceros que eventualmente contraten con el mismo, y en virtud del carácter tuitivo es por lo mismo irrenunciable, sin que, por motivo de lo anterior, podamos afirmar, que el sujeto pasivo de la patria potestad carezca de personalidad, pues simplemente es una restricción al ejercicio de sus derechos pero no al goce de los mismos (Artículo 23 del Código Civil).

Esta función, como en las que hemos visto anteri-

ormente, también es de derecho natural y no tiene más limitaciones que las expresamente señaladas en la ley.

Ahora bien, el principio promulgado por la ley --- transcrito al inicio de este apartado, nos mueve a considerar que se encuentra falto de técnica jurídica, pues el menor, aún con el consentimiento expreso de los que ejercen la patria potestad, no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, ya que lo que se le exige, según la sistemática seguida en nuestra Legislación, es la representación precisamente, tal como lo señala el Artículo 23 del Código Civil antes citado, al preceptuar que la menor edad es una restricción a la personalidad jurídica, pero que el incapaz puede ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes.

La representación no puede concretarse exclusivamente a los actos judiciales y contractuales o generadores de obligaciones, sino abarcar la vida social del sujeto a patria potestad, pues la representación es para todos los actos de la vida civil y jurídica del menor de edad no emancipado. Igualmente, corresponde a los representantes del menor el presentar denuncias o querrellarse en contra de quienes realicen actos delictivos en agravio de aquellos.

En los casos de la representación respecto de los bienes del hijo, los que ejercen la patria potestad son le-

gítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones del Código Civil (Artículo 425 del Código Civil).

Además, en virtud de que la función de la patria potestad es dual, común, cuando ésta se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo, pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento -- expreso para los actos más importantes de la administración. Esto es, existe un representante común de los que ejercen la patria potestad, para los actos de administración de bienes pertenecientes a los menores (Artículo 426 del Código Civil).

En ese mismo orden de ideas, referente a la función dual de la patria potestad, quien la ejerza representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente (Artículo 427 del Código Civil).

Ya habíamos señalado que la patria potestad conserva del Derecho Romano la teoría de los peculios, en la parte

patrimonial en que se desarrolla esa función, al clasificarse los bienes del hijo en dos clases: los que adquiera por su trabajo, y los que adquiera por cualquier otro título. -- Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo; en los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo, y la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejercen la patria potestad (salvo el caso de que los hijos adquieran bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante haya dispuesto que el usufructo se destine a un fin determinado). El usufructo concedido a los padres es renunciable y se considera como donación en favor del hijo, por tener el mismo un carácter --- compensatorio por la administración, imponiéndose a los padres las obligaciones alimentarias y las que se aplican a -- los usufructuarios, con excepción de dar fianza, salvo los -- casos de quiebra o concurso, de ulteriores nupcias y de administración notoriamente ruinosa. Por voluntad del padre o -- por disposición de la ley, el hijo puede tener la administración de los bienes y entonces, respecto de ella, se le considera como emancipado, pero no podrá enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces, sin cumplir con los requisitos que establece la ley (Artículos 428 a 435 del Código Civil para el -- Distrito Federal).

En este mismo ámbito patrimonial, los que ejercen la patria potestad tienen limitadas sus funciones, al no poder 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 la autorización judicial. Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganado por menos del valor del que se coticen en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos; ni dar fianza en representación de los hijos. Cuando se conceda licencia judicial para los casos antes señalados, el juez tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó, y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor, no pudiendo el que ejerce la patria potestad disponer del precio de la venta sin orden judicial. Las personas que ejercen la patria potestad tienen, como todos los administradores, obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos. Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad,

los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan, lo anterior a instancias de las personas interesadas, del menor cuando -- hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público. Igualmente, como consecuencia de la administración y de la representación que venimos analizando, las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos -- se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y -- frutos que les pertenecen (Artículos 436 a 439, 441 y 442 del Código Civil para el Distrito Federal).

Por último, de acuerdo a la anterior teoría de los peculios, que pudiéramos llamar moderna, para el caso de que el padre y el hijo tuvieran intereses opuestos, se determina que éstos serán representados, en juicio y fuera de él por -- un tutor nombrado por el juez para cada caso. Como consecuencia de la representación dual y común que tienen los que ejercen la patria potestad, si sólo uno de ellos resulta tener -- interés opuesto con el hijo, el menor será representado por -- el otro, sin que sea necesario nombramiento de tutor dativo -- (Artículo 440 del Código Civil para el Distrito Federal).

C. Corrección

En la concepción moderna de la patria potestad se -- subraya su carácter ético, así como la moderación que debe --

usarse en su recto ejercicio, contrariamente a lo que acontecía en la antigüedad en donde las facultades otorgadas a los progenitores tuvieron el carácter de poder y la concepción - antigua de la patria potestad se tradujo en un derecho ilimitado y despótico.

Contrariamente a las funciones que hemos venido comentando hasta este momento, el derecho de corrección que surge de la patria potestad es en la actualidad un derecho - excepcional, por no ejercitarse de manera permanente y limitarse su uso para los casos en que razonablemente se exija. Sin embargo, su existencia se justifica en cuanto que es el contrapunto que tiene la función educadora de los padres y sostenimiento de la autoridad de éstos.

Ahora bien, no es aventurado el señalamiento que hacemos en el sentido de que entre la función de educar y la facultad de corregir existe una correlación.

Al tratar la función de educación señalamos que a las personas que tienen el hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente, lo que se encuentra regulado expresamente en la ley, señalando esta misma que esas mismas personas, para los efectos de la educación señalada, tienen la facultad de corregir a los hijos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo; incluso, que las autoridades auxiliarán a -

los que ejercen la patria potestad, haciendo uso de amonestaciones y correctivos para prestarles el apoyo suficiente (Artículo 423 del Código Civil para el Distrito Federal).

Tradicionalmente, tanto en la doctrina como en la ley, se venía usando el término castigar en lugar del vocablo corregir, situación que se dejó de observar en los últimos tiempos al variarse incluso las normas personales aplicables al respecto. En efecto, el Derecho Penal sólo consideraba delito, en este caso en comento, las lesiones que tardasen en sanar más de quince días y que fueran inferidas en uso de la facultad de corregir, siempre que no se abusare del derecho por parte de quien ejerciese la patria potestad. En la ley vigente al que en ejercicio de la patria potestad infiere lesiones a un menor, se le sanciona y se le suspende o priva de ese ejercicio (Artículo 295 del Código Penal para el Distrito Federal).

El derecho de corrección, como una facultad excepcional que tienen los que ejercen la patria potestad, al encontrarse limitado por la ley, coloca los excesos en una conducta antijurídica, la que no sólo se sanciona con la suspensión o pérdida de la patria potestad, sino daría también lugar a conductas delictivas, en virtud de que, posiblemente, ese derecho sea el más sensible al abuso, por lo que cada caso tendría que ser analizado en particular para conocer las

características de conducta tales como castigos excesivos, - golpes, encierros y otros que pudieran no ser aceptados razonablemente dentro del derecho de corrección, sino como abuso de ese derecho.

En la actualidad, en nuestro país, existe preocupación por las autoridades en todos los sectores para reducir los efectos del exceso de corrección, que en otras épocas el derecho de castigar a los hijos, que se tradujo en la aparición de un mal social denominado "síndrome del niño maltratado", que movilizó a las propias autoridades a detectarlo, -- para así poder prevenirlo y en su caso, sancionar a los causantes.

No cae dentro de los objetivos del presente trabajo el analizar la problemática que gira alrededor de esta -- función, por lo que nos dejamos la puerta abierta para tratarlo en otra ocasión, sin que desconozcamos la importancia social del mismo.

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

LA PATRIA POTESTAD EN RELACION CON LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL HIJO

- I.- Generalidades y premisas
 - II.- Derecho al nombre
 - III.- Derecho a la imagen
 - IV.- Derecho sobre el propio cuerpo
 - V.- Derecho al honor
 - VI.- Derecho al secreto de la correspondencia
- Corolario

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

LA PATRIA POTESTAD EN RELACION CON LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL HIJO

I.- Generalidades y premisas

Hemos visto, hasta aquí, las funciones que generalmente se aceptan como típicas de la patria potestad, sin perjuicio de que, como lo señalamos, algunas rebasan la esfera de esa institución y toman su fundamento en la filiación.

El carácter tuitivo que tiene la patria potestad, que se traduce en la protección y amparo de los hijos, genera muchas otras relaciones entre sus sujetos, que no se encuentran reguladas en la parte que las legislaciones dedican a los derechos y deberes de la patria potestad y que, por lo mismo, no fueron objeto de estudio en el capítulo anterior.

Esas relaciones, surgen como funciones atípicas no directas de la patria potestad, que se actualizan en virtud de los avances científicos y técnicos que llevaron al Derecho a reconocer la existencia de los llamados derechos de la personalidad y la necesidad de su regulación.

Ahora bien, los llamados derechos de la personalidad se estudian, normalmente, en relación con la persona ju-

rídica dotada de la totalidad de sus facultades, o cuando me nos, de su capacidad jurídica de goce y de ejercicio.

En ese orden de ideas, al considerar que también - el menor de edad (carente de capacidad de ejercicio, salvo - las excepciones señaladas en la ley) es titular de derechos de la personalidad, nos motiva desarrollar en este trabajo - la forma en que opera la titularidad de esos derechos y ana- lizar la relación que surge entre ellos y la patria potestad, pues advertimos que, dichas relaciones, son estudiadas por - la doctrina como deberes o derechos de los ejercientes de la patria potestad, sin percatarse que esas funciones deben ex- ponerse relacionadas con los derechos de la personalidad del menor.

En cuanto al ejercicio de los derechos de la perso- nalidad, podemos anotar que corresponden a la misma persona, y el representante legal no podrá siquiera, sin especial ra- zón, impedir su ejercicio. Por lo que respecta a los menores de edad, el padre podrá sólo oponerse al ejercicio de aque- llas facultades personales que puedan razonablemente redun- dar en su perjuicio, pues ello entra en la esfera de su po- der, y ejercitar los derechos de valor económico que resul- ten del ejercicio de un derecho personal, por ejemplo, de -- autor, inventor, indemnización por lesión de un derecho a --

la personalidad. (49)

Los derechos de la personalidad son estudiados -- por la doctrina que se encarga de ellos, desde diferentes -- ángulos, ora a partir del patrimonio moral, ora a través del daño moral que resulte de la afectación de esos derechos, o bien del estudio de la persona física.

Advertimos que, salvo honrosas excepciones, no --- existe una sistemática en su tratamiento en la doctrina y -- que la ley los regula en diferentes campos como el Constitucional, el Penal o en el Civil, pero siempre, carente de sig tema.

Seguidamente, trataremos de precisar los derechos de la personalidad, partiendo de uno de los términos (lógic--cos) de la relación jurídica y del derecho subjetivo, que es el sujeto, cuyo equivalente es, ante todo, la persona, o sea el ser humano, el hombre (o persona humana, o persona físic--ca). (50)

La noción de relación jurídica no es unívoca, ni -- uniforme, según los diversos autores.

(49) DE CASTRO BRAVO, Derecho Civil de España. Tomo II-1 pág. 179. Citado por CASTAN VAZQUEZ, José Ma. La Patria Potestad. ob. cit. pág. 238.

(50) MESSINEO, Francisco. Tomo II, Doctrinas Generales. ob. cit. págs. 88 y 89.

Así tenemos, que las relaciones humanas se convierten en relaciones jurídicas, precisamente por el hecho de -- ser asumidas como materia de preceptos o de prohibiciones, -- de imposición de deberes y de atribuciones de derecho y de -- status. Es esta la impronta técnica (estructural) de la juridicidad. (51)

Sin embargo, los autores, más a menudo, colocan el *proprium* de la relación jurídica en la correlación necesaria que la misma establece entre dos términos, de los cuales el uno es el derecho subjetivo (de este derecho, es titular uno de los sujetos), el otro es el correspondiente deber (que *in* cumbe sobre el otro o sobre los otros sujetos de la relación) y que son, por lo tanto homólogos. Se hace así de la relación jurídica la resultante del derecho subjetivo y del deber, -- sin postular una prioridad lógica entre relación jurídica, -- de una parte, y derecho y deber, de la otra, hasta el punto de considerarlas surgidas en el mismo momento. Esto no quita para que, una vez nacida, tanto el derecho subjetivo como el deber puedan tener una suerte autónoma respecto de la relación jurídica a que se vinculan. (52)

(51) MESSINEO, Francisco. Tomo I. Introducción. ob. cit. pág. 22.

(52) MESSINEO, Francisco. Tomo II. Doctrinas Generales. ob. cit. pág. 4.

Además, si bien es cierto que el derecho subjetivo y el deber, característicos de la relación jurídica son el aspecto complementario de la noción de la misma, también lo es que existen derechos subjetivos a los cuales no corresponden deberes, como es el caso del derecho absoluto. Pero en abono de lo anterior, podemos replicar que, en ese caso, si falta el deber jurídico, se encuentra, en lugar de él, -- una cosa análoga como es la sujeción o el sometimiento, y, -- por consiguiente, existen siempre los dos términos lógicos de la relación jurídica. (53)

El nexo lógico que, de ordinario tiene lugar entre relación jurídica, de un lado, y derecho subjetivo y deber, de otro, al que ya hicimos antes referencia, puede tener, -- también, por términos, la relación jurídica y una situación jurídica, de la cual pueden nacer mediatamente derechos subjetivos y deberes. Estas situaciones a veces, asumen el perfil del status.

Ahora bien, podemos adoptar como concepto de derecho subjetivo, o sea el poder, atribuido y garantizado (protegido) por el ordenamiento jurídico al sujeto, a fin de que se valga de él (elemento teleológico del derecho subjetivo)

(53) MESSINEO, Francisco. Tomo II, *Doctrinas Generales*. ob. cit. pág. 4.

para satisfacer un interés. Notamos que de la adaptación y - combinación de los vocablos poder e interés, deviene el anterior concepto. (54)

En ese orden de ideas, señalamos que el contenido propio del derecho subjetivo es, ante todo, un poder jurídico (o dominio) de la voluntad, concedido por el ordenamiento jurídico al sujeto. Cuando mencionamos el poder de la voluntad, queremos aludir a voluntad potencial, no necesariamente actual. Con eso se explica cómo el derecho subjetivo, aunque sea potestad de querer, puede corresponder también al incapaz de entender o de querer, pues para tener un derecho subjetivo, ni es necesario tener conocimiento de ello, ni es necesario tener la capacidad de entender y de querer.

Por otra parte, el derecho subjetivo presupone lógicamente el derecho objetivo (la norma), sobre todo si consideramos que la norma es garantía de que el poder como contenido del derecho subjetivo pueda ejercitarse efectivamente, lo que no sucede al contrario, o sea, que del derecho objetivo nazcan siempre derechos subjetivos.

El poder que nace del derecho objetivo implica, -- además, que depende de la voluntad del sujeto el pedir la --

(54) MESSINED, Francisco, Tomo II. Doctrinas Generales. ob. cit. pág. 10.

protección del ordenamiento jurídico contra las violaciones - de su interés que otro perpetre. En el caso contrario, cuando la protección al interés es concebida por el ordenamiento jurídico por razones objetivas y de orden general, independiente de aquella voluntad y, por tanto, sin dar lugar al nacimiento de un correspondiente derecho subjetivo y del respectivo poder, entonces, se dice que se tiene un interés jurídicamente (pero ocasionalmente) protegido. Lo que permite confirmar que no siempre, ni necesariamente, de la norma nacen derechos subjetivos; y que, de ordinario, no hay derecho subjetivo cuando, para el caso de violación, de la norma nazca un mero resarcimiento del daño, a favor de quien sea lesionado por efecto de aquella violación. (55)

En la forma antes mencionada sucede cuando se atente en contra de algunas de las manifestaciones de la personalidad humana; como en la manifestación del derecho al secreto, que es el derecho sobre el epistolario, o sobre cartas - misivas, o de otras de la misma naturaleza, con carácter confidencial o íntimo.

Luego, sustrato y no elemento del derecho subjetivo es el interés propio del sujeto del derecho.

(55) MESSINED, Francisco. Tomo II. Doctrinas Generales. ob. cit. pág. 10.

El poder es contenido del derecho subjetivo en general; sin embargo, hay que distinguir entre el poder jurídico y el derecho subjetivo. Mientras el derecho subjetivo se concreta, a veces, en una protección, y mientras al derecho subjetivo corresponde, de ordinario, un deber ajeno, al poder - (en sentido específico y estricto, o mejor, potestad jurídica) no corresponde necesariamente el concepto de deber ajeno; es más, puede corresponder a veces un deber, a cargo del mismo que tiene el poder. En ese caso, el poder es atribuido, - también, como medio para el cumplimiento del deber, o sea, - el llamado poder-deber. La patria potestad, por ejemplo, tiene contenido técnico de poder (no de derecho subjetivo). La terminología legislativa, con respecto al poder, no es precisa, en cuanto, las más de las veces, califica como derecho - (subjetivo) lo que es un poder y, otras veces, se lo llama - facultad. Este poder, a veces, asume los contornos del oficio, o sea un poder que se ejercita, en interés ajeno, en - obediencia a un deber, o sea como "función" caracterizada -- como una posición de obligación o de un deber. (56)

Dentro de la categoría de los derechos subjetivos, encontramos, se clasifican desde el punto de vista de la efi

(56) MESSINED, Francisco. Tomo II. Doctrinas Generales. ob. cit. págs. 14 y 15.

cacia en: derechos absolutos y derechos relativos.

Nos interesa saber unicamente acerca de los derechos subjetivos absolutos, que según la concepción corriente son aquellos que atribuyen al sujeto un poder que puede ser hecho valer frente a todos los terceros (erga omnes), y una correspondiente defensa, contra actos de violación, de quien quiera que provenga; tales son los derechos de la personalidad y los derechos que corresponden en cuanto se es componente de familia (existen además otros derechos). También tiene otro significado el carácter absoluto del derecho, por el cual se hace referencia a una relación de la que nace un deber negativo frente al titular del derecho absoluto. (57)

Como quiera que sea, la noción del derecho absoluto, como poder erga omnes, al que corresponde, como ya dijimos, un ajeno deber general de abstención, opera como una limitación del derecho de libertad de los terceros en general, respecto al derecho absoluto ajeno, en el sentido de prohibirles su ingerencia, o sea la prohibición de obstaculizar el ejercicio del derecho absoluto ajeno o de invadir su objeto.

Advertimos, pues que los derechos absolutos no pue

(57) MESSINEO, Francisco. Tomo II, Doctrinas Generales, ob. cit. pág. 21.

den definirse de otra manera que haciendo referencia a la -- prohibición de ingerencia; por ejemplo, un derecho de la personalidad o un derecho de familia.

También encontramos que la anterior distinción de los derechos subjetivos encuentra su desarrollo en consideración al contenido, pudiendo formar el mismo los derechos de la personalidad, o bien, cuando se clasifican en derechos -- personales y derechos patrimoniales, al primer grupo se hacen pertenecer a los derechos de la personalidad y casi por entero a los derechos de la familia, a los que se atribuye -- como características el ser absoluto y el no ser susceptibles de estimación pecuniaria, ni ser materia de poder de disposición, o de transmisión, o de adquisición por usucapion o de pérdida por prescripción.

Ahora bien, ya dijimos que, de un lado, puede tener lugar la relación jurídica, y de otro, derecho subjetivo y deber, como nexo lógico; también puede tener, por términos, la relación jurídica y una situación jurídica, de la cual -- pueden nacer mediatamente derechos subjetivos y deberes, y -- que estas situaciones, a veces, asumen el perfil del status.

El Estado o status consiste en una cualidad jurídica -- por lo general, permanente -- que se adquiere, aún independiente de un acto de voluntad del sujeto y de la cual deri--

van, como consecuencia, uno o más derechos subjetivos, también -eventualmente- deberes, para aquel que tiene tal cualidad.

La persona jurídica goza de una serie de status, -o cualidades jurídicas; la subjetividad, es un conjunto de -status; de persona en sí, el status de familia y el status -de ciudadano (status personae, familiae, civitatis).

El status de persona, en ocasiones, se define como fuente, o presupuesto de la capacidad jurídica, o se lo identifica con la capacidad jurídica.

El status como cualidad, es inseparable de la persona dada; es intransferible, irrenunciable, imprescriptible.

El status (verdadero y propio) es absoluto y, por consiguiente, es eficaz frente a todos.

Ahora bien, si el status de la persona se hace --- coincidir en cuanto a su problemática, con la de su capacidad de derechos y su capacidad de obrar, cabe mencionar que dicha capacidad resulta ser, por el contrario, solamente una consecuencia (aunque importante) de ese status; lógicamente debe preceder la determinación del contenido del status, en sus aspectos fundamentales. Esos aspectos fundamentales son dados por el hecho de la existencia del sujeto y por el hecho de que el sujeto tiene una personalidad y que el recono-

cimiento de ésta, en cada hombre, en cuanto tal, es la base fundamental e insuprimible de cualquier ordenamiento jurídico moderno. Sin ese reconocimiento, al menos implícito, el sujeto jurídico no sería tal. En la personalidad (que es el prius) está la raíz de todo derecho subjetivo atribuido al hombre, puesto que, negada que fuese su personalidad, quedaría degradado al rango de objeto y serían abolidas en él la autonomía y la libertad. Ahora bien, cuando nuestra Carta Magna declara reconocer y garantizar los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo, ya sea en las formaciones sociales, en las que se desarrolla su personalidad, alude precisamente a la irrevocable conquista moderna, en virtud de la cual se presupone la personalidad, como tal, en el hombre. (58)

Advertimos que cuando se estudia a la persona y a sus diversos status se agotaría todo en cuanto concierne a la persona, porque persona y status se presentan como compenetrados entre sí, de tal manera que no es posible distinguir entre persona y status, por ser éstos meras manifestaciones o modos de ser de la persona y no son entidades autónomas de esta misma de la cual emana.

Sin embargo, cabría mencionáramos, que lo anterior

(58) MESSINEO, Francisco. Tomo II, Doctrinas Generales. ob. cit. pág. 89.

sí es posible entenderlo cuando se trata del status familiar y de ciudadano, y no así en cuanto al status de persona, en el que existen también manifestaciones reflejas. En efecto, existen poderes (o sea derechos subjetivos) que asumen como objeto propio algunos atributos esenciales de la persona; de manera que, por consiguiente, se toman en consideración no tanto aquellos atributos, cuanto los derechos a ellos atribuidos; se ha operado algo así como una separación entre el status de persona y esos atributos; naciendo de ellos los correspondientes derechos subjetivos. Se perfilan, así, los derechos (subjetivos) de la personalidad, los cuales están dirigidos a asegurar al sujeto la exclusión de otros del uso y de la apropiación de aquellos atributos; y de este modo sirven para integrar la tutela de su individualidad. El status de persona, como cualidad jurídica, se convierte así en fuente de poder. (59)

Ahora bien, a veces, esa separación (a la que aludimos en el párrafo anterior) consiste -técnicamente- en el hecho de que algunos atributos de la personalidad (no la personalidad, en sí misma) resultan objetivados y se elevan a la categoría de "bienes jurídicos", y, por tanto a materia de correspondientes derechos subjetivos. De este modo surge

(59) MESSINEO, Francisco. Tomo III, Derecho de la Personalidad. Derechos de la Familia. Derechos Reales. ob. cit. pag. 3.

un derecho a aquél atributo, o un poder sobre aquél atributo. Por ejemplo, las señas de la identidad personal (nombre patronímico, seudónimo, etc.), de manifestaciones del status del sujeto, se transforman en materia de correspondientes -- derechos subjetivos: derecho al nombre, derecho al seudónimo, etc. (60)

Seguidamente, en otros casos, en cambio, la materia del derecho singular de la personalidad es algo que, ya de por sí y ab origine, es objetivado; y aquí, es más fácil concebir la autonomía del correspondiente derecho subjetivo, respecto de la persona. Por ejemplo, la imagen de la persona, el producto de la actividad intelectual, la carta misiva, -- son, de por sí, "bienes". Y nos resulta fácil concebir que, -- respecto de estos bienes, surjan otros tantos derechos subjetivos (de personalidad). (61)

Sin embargo, no debemos olvidar que queda en suspenso el pronunciamiento de que la persona no puede ser, al mismo tiempo, sujeto y objeto. En efecto, la afirmación hecha -- en el párrafo anterior se traduce en que el objeto no es la persona, sino un atributo suyo; y, además, es objeto no en --

(60) MESSINED, Francisco. Tomo III. Derechos de la Personalidad. Derechos de la Familia. Derechos Reales. ob. cit. pags. 3 y 4.

(61) Idem. pág. 4.

cuanto conexo con la persona, sino en cuanto hecho, materia de tutela jurídica, contra abusos o usurpaciones por parte de otros sujetos.

También debemos señalar que los derechos de la personalidad escapan de cualquier contenido de orden patrimonial, pues se trata de poderes inherentes a bienes en los cuales consiste la que suele llamarse la personalidad moral (ética), la cual, respecto de esos derechos es en la mayoría de los casos, el sustrato y el presupuesto.

Conviene tratar en este momento las características de los derechos de la personalidad, los cuales, si bien no son reales, son todos absolutos (e implican para los terceros un deber general de abstención; en el que se concreta el respeto y la salvaguardia de ellos); y son también indisponibles, intransmisibles al heredero (aunque comunicables), irrenunciables, no susceptibles de adquisición por virtud de posesión (aun continuada), imprescriptibles, inexpropiables y no susceptibles de estimación pecuniaria (algunos son inmodificables en su contenido). Se adquieren por el hecho mismo de ser sujeto de derechos (persona); y casi todos ellos nacen y se extinguen, ope legis, con la persona. En cuanto sean lesionados, están protegidos por específicas acciones civiles (y ésta es la confirmación indirecta de su autonomía).

De ordinario, no pueden ser materia de ejercicio por parte de terceros. La lesión de los derechos de la personalidad se manifiesta en un daño a la persona, pero asume los contornos del que se ha llamado daño no patrimonial, el que da lugar a reparación, no a resarcimiento, teniendo la reparación un carácter absolutamente excepcional. Lo anterior confirma el carácter no patrimonial de los derechos de la personalidad.

(62)

Las anteriores características distinguen a los derechos de la personalidad de los derechos reales y de los derechos personales o de crédito, así como de los derechos de la familia (con los cuales también tienen caracteres comunes), por el hecho de que corresponden al sujeto considerado fuera de las relaciones familiares.

Además, señalamos que, aún en la actualidad, se niega la autonomía conceptual de los derechos de la personalidad; argumentando la carencia de un objeto exterior a la persona, se les niega, también, la figura de derechos subjetivos (pero según vimos, lo anterior no obsta para así concebirlos).

Los derechos de la personalidad, tienen como derecho subjetivo que son, el estar fundados sobre especiales y

(62) MESSINEO, Francisco. Tomo III. ob. cit. pág. 4.

correspondientes intereses autónomos, los cuales encuentran protección por sí mismos. En algunas legislaciones (por ejemplo, la italiana) la protección consiste en la atribución, - hecha al titular, de poderes, tutelados por verdaderas y propias acciones judiciales civiles.

En otras legislaciones, como la nuestra, los derechos de la personalidad tienen una protección de carácter penal o administrativa, de la que surgen indirectamente la mera posibilidad de pedir el resarcimiento (como hemos visto) del eventual daño, en caso de lesión.

Como quiera que sea, creemos haber probado que los derechos de la personalidad son una realidad jurídica en la actualidad, cuya categoría fue desconocida en los ordenamientos jurídicos antiguos, y que, generados por el avance de la ciencia y de la tecnología, la ciencia jurídica del presente siglo rescató.

Con lo anterior no pretendemos aseverar que los derechos de la personalidad no existieron, sino simplemente -- afirmar que se regulaban, y se regulan en la actualidad en -- la mayoría de las legislaciones, en diversos campos y rubros, por ejemplo, para no salirnos del campo del derecho privado, en el destinado a los derechos de propiedad sobre bienes inmateriales, considerándolos como bienes inmateriales: el nom-

bre, las cartas misivas, los derechos de autor, etc. Lo anterior, nos mueve a concluir, además, que si bien todos los -- derechos reales son absolutos, no todos los derechos absolutos son reales.

De lo expuesto, también se deriva el que a los derechos de la personalidad se le otorgan otras acepciones, lo que se revela en las diferentes denominaciones de que son -- objeto. Se les conoce con el nombre de derechos sobre la misma persona (es claro que la persona no puede ser objeto y -- sujeto al mismo tiempo). También les llaman derechos individuales, o bien derechos personalísimos.

Advertimos, que si bien la doctrina no se ha puesto de acuerdo en la forma en que haya de decidirse el punto de si los derechos de la personalidad constituyen una categoría de derechos subjetivos verdaderos y propios; señalamos -- los más importantes y la regulación concreta que los mismos tienen.

Al exponer los derechos de la personalidad serán -- tratados limitadamente a su regulación concreta cuando su titularidad corresponda a los hijos, de acuerdo con su minoridad y la relación que guardan con la patria potestad.

II.- Derecho al nombre

El nombre desde el punto de vista jurídico se forma por el nombre individual, propio, de pila o de bautismo y el nombre patronímico, o apellido de familia, o nombre de familia.

De los derechos de la personalidad, el primero y más importante es el derecho al nombre patronímico, que normalmente se constituye por el apellido del padre. Sirve el nombre como contraseña distintiva de la persona, porque individualiza a un sujeto respecto de los otros sujetos.

Ese es el motivo por el que el sujeto adquiere un derecho absoluto y exclusivo al uso del apellido, que le asegura la posibilidad de no ser confundido con otro, o que otro no sea confundido por él, y que, además, ponga de manifiesto su pertenencia a la familia que en su conjunto, esta señalada, por el apellido de que se trata. (63)

Ahora bien, si el nombre civil individualiza a un sujeto, el derecho al mismo (o derecho al apellido) constituye la manifestación principal del derecho subjetivo a la identidad, el cual se patentiza frente a cualquier otro y en

(63) MESSINEO, Francisco. *Tomo III, Derecho de la Personalidad. Derechos de la Familia. Derechos Reales.* ob. cit. pág. 6.

todos los ámbitos y circunstancias que se presenten en la vida social.

El derecho al apellido, además de la función anterior, o sea la individualizadora, genera otra función accesoría, que se traduce en el derecho a oponerse a que otro se considere perteneciente a otra familia, por el sólo hecho de llevar el apellido que no le corresponde.

En ese orden de ideas, el apellido es una entidad reconocida por el Ordenamiento Jurídico, el cual, además de disponer que los pertenecientes a determinada familia tienen derecho a llevar aquel apellido, establece que las violaciones de ese derecho, por parte de terceros, son perseguibles también civilmente. En esas condiciones, podemos afirmar que existe incluso un deber jurídico de llevar el propio nombre (apellido). (64)

En cuanto al derecho al nombre como derecho de la personalidad de los menores sujetos a patria potestad dice Antonio Cicu (La filiazione, en el Trattato di Diritto Civile Italiano dirigido por Vassalli, Vol. III, t. II, fasc. -- 1 y 2, Segunda Edición, Torino, 1951.) (65) es deber de los

(64) MESSINEO, Francisco. Tomo III. Derecho de la Personalidad. Derechos de la Familia. Derechos Reales. ob. cit. pág. 6

(65) CICU, Antonio. ob.cit. citado por CASTAN VAZQUEZ, José Ma. ob. cit. pág. 238.

padres dar nombre al hijo y obrar para la tutela del nombre y de procurar al hijo el título de su estado de hijo legítimo. Incluso, señalamos, cuando analizamos las funciones de los padres, que en el derecho de cuidar de la persona de -- los hijos menores se incluye el derecho de determinar su -- nombre.

El padre tiene el derecho a determinar el nombre individual del hijo, pero dicho derecho tiene su fundamento en la costumbre y en algunos otros casos en el derecho objetivo; de igual forma, tiene el padre el deber de registrar el nacimiento del hijo.

Los que ejercen la patria potestad no podrán autorizar que otras personas usen el nombre de sus menores hijos y, por el contrario, tienen el derecho de ejercer las acciones correspondientes en contra de los terceros que lesionen el derecho de la personalidad (derecho al nombre) del hijo. Acciones como las que conceden los Artículos 7 y 8 del Código Civil italiano citado.

Seguidamente debemos señalar, entonces, que una cosa es el nombre de las personas como atributo de la personalidad y otra cosa bien diferente es el derecho al nombre como un derecho de la personalidad.

El nombre como derecho de la personalidad, es el -

bien jurídico constituido por la proyección psíquica del ser humano, de tener para sí, una identificación exclusiva respecto a todas las manifestaciones de su vida social. (66)

Ese derecho se encuentra tutelado, por ejemplo, en el Código Civil italiano. (67)

Artículo 6o. Derecho al nombre.- Toda persona tiene derecho al nombre que se le atribuye por la ley.

En el nombre se comprende el nombre (de pila) y el apellido.

No se admiten cambios, agregaciones o rectificaciones al nombre, sino en los casos y con las formalidades que se indican por las leyes.

Artículo 7o. Tutela del derecho al nombre.- La persona a la cual se discute el derecho al uso del propio nombre o que pueda sufrir perjuicio por el uso que otro haga indebidamente de dicho nombre, puede pedir judicialmente la cesación del hecho lesivo, quedando a salvo el resarcimiento de los daños.

La autoridad judicial puede ordenar que la senten-

(66) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. El Patrimonio, Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio. Segunda Edición. Editorial Cajica, S.A. Puebla Pue. Méx. Reimpresión inalterada de la Segunda Edición. 1962. pág. 783.

(67) MESSINEO, Francisco. Tomo I. Introducción. Código Civil Italiano. ob. cit. pág.133.

cia se publique en uno o más diarios.

Artículo 8o. Tutela del nombre por razones familiares.- En el caso previsto por el artículo anterior, la acción puede promoverse también por quien, aún no llevando el nombre discutido o indebidamente usado, tenga un interés en la tutela del nombre que se funde en razones familiares dignas de ser protegidas.

Artículo 9o. Tutela del seudónimo.- El seudónimo, usado por una persona en forma que haya adquirido la importancia del nombre, puede ser tutelado a tenor del artículo 7.

Igualmente, en el Código Civil alemán (B.G.B.) (68), se regula al nombre como derecho de la personalidad, y así en su numeral 12, se establece: Si el derecho al uso de un nombre es usurpado al titular por otra persona o si se lesiona el interés del titular por la circunstancia de que otro use indebidamente el mismo nombre, dicho titular puede exigir de la otra persona la cesación de semejante perturbación. Si son de temer posteriores perturbaciones, puede entablar acción para la omisión.

En esas circunstancias, advertimos, que en las le-

(68) Código Civil Alemán (B.G.B.) Apéndice al tratado de Derecho Civil de Enneccerus Ludwig, Kipp Theodor y Wolff Martin, ob. cit.

gislaciones italiana y alemana el nombre como derecho de la personalidad se contempla desde el ángulo del Derecho Civil y como un derecho subjetivo que corresponde al ser humano - en su calidad de tal y no como un mero reflejo de un derecho diverso, en el que se enfoque para la búsqueda de una indemnización cuando sea violado.

III.- Derecho a la imagen

Reiteramos, por considerarlo necesario, que los derechos de la personalidad, no aceptan un catálogo limitativo, pues la sistemática definitiva de su tratamiento está por realizarse.

Hemos aceptado, que los derechos a la personalidad son los bienes constituidos por determinadas proyecciones, -- físicas o psíquicas del ser humano, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el Ordenamiento Jurídico, y que esos bienes o el goce de los mismos, son el objeto de esos derechos.

Por lo que hace al derecho a la imagen, aceptamos - que se trata de una proyección psíquica lo que se tutela por el Ordenamiento Jurídico, pues la persona psicológicamente - tiene o no interés en que su efigie sea sólo conocida cuando ella lo desea, y no cuando a cualquier persona se le ocurra - reproducirla. Sin perjuicio de los límites establecidos por - la ley o convenidos, en términos generales es sin duda un derecho que tiene el que desea permanecer en el incógnito, en - el anonimato, sin intrusiones o indiscreciones ajenas. Por ese motivo, el derecho a la imagen es una especie del género derechos al secreto, la intimidad o la reserva. (69)

(69) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, ob. cit., pág. 772.

Uno de los objetivos de este trabajo, resulta ser, el que los derechos de la personalidad, los que consideramos derechos subjetivos que corresponden al ser humano como tal, debieran regularse en el Código Civil, por lo cual, hemos -- de señalar, que el derecho a la imagen en nuestro Ordenamiento jurídico se regula en el Artículo 16 de la Ley de Derecho de Autor, refiriéndose a la prohibición de publicar el retrto de una persona, con fines lucrativos, sin el consentimiento de ésta.

Siendo el derecho a la imagen una especie del género derecho al secreto o reserva, consideramos que en la definición de éste se encuentra el concepto de aquél, y así, lo conceptuamos como el bien jurídico constituido por la proyección psíquica del ser humano, de su deseo de vivir cuándo y dónde lo desee, libre de intromisiones o indiscreciones ajenas, y que individualiza el orden jurídico de cada época y cada país. Sin embargo, aunque se pudiera pensar que en el derecho a la imagen no es una proyección psíquica lo que constituye el bien jurídico tutelado, pues se podrá argumentar -- cómo va a ser proyección psíquica la imagen plasmada en un retrato o en una cinta fotográfica u otro medio similar de -- reproducir imágenes? existe el dato psicológico de que la -- persona tiene o no interés en que su efigie sea sólo conoci-

da cuando ella lo desea, descartando la ocurrencia de cualquier tercero para reproducirla. (70)

El derecho a la imagen es objeto de regulación en el Código Civil italiano. (71)

Artículo 10o. Abuso de la imagen ajena.- Cuando la imagen de una persona o de los padres, del cónyuge o de los hijos haya sido expuesta o publicada fuera de los casos en que la exposición o la publicación es permitida por la ley, o bien con perjuicio del decoro o de la reputación de dicha persona o de dichos parientes, la autoridad judicial, a petición del interesado, puede disponer que cese el abuso, quedando a salvo siempre el resarcimiento de los daños.

Si hacemos una interpretación del precepto legal anterior, concluiremos que los padres tienen derechos en relación con las exposiciones o publicaciones de la imagen de los hijos.

Como vía de ejemplo, citamos que en Italia, con motivo de algunas sentencias dictadas entre 1903 y 1907, se discutió si el menor de edad podía contratar acerca de su imagen. Afloraron diversos aspectos y distingos entre el he

(70) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. ob. cit. págs. 773 y 774.

(71) MESSINEO, Francisco. Tomo I. Introducción. Código Civil Italiano. ob. cit. pág.133.

'cho de posar el menor ante fotógrafo y el de permitir la divulgación del retrato ya realizado. Se concluyó, en el primer caso, que no hace falta el permiso del que ejerce la patria potestad y en el segundo, que sí es indispensable. Hubo, sin embargo, diversos matices a la anterior conclusión, por ejemplo, que la disposición hecha por un menor de su figura, sin el consentimiento del padre, debe ser nula, ya que corresponde disponer de los bienes al investido de la patria potestad, y la imagen es un bien; que esa disposición se inicia con el mismo acto de posar ante el fotógrafo y no sólo en -- las reproducciones fotográficas. Una de las sentencias a que nos hemos referido, resolvió: "Es ilícito y nulo el contrato por el que una menor de edad superior a dieciseis años sea -- inducida a dejarse retratar en ademanes inmorales para la -- edición de postales ilustradas, el fabricante de éstas que -- las haya puesto en circulación será obligado al resarcimiento de daños". (72)

Lo anterior suscitó una controversia en la Doctrina española, en la que el Profesor De Castro como indicamos al inicio de este capítulo, niega el derecho del padre a au-

(72) RUIZ, Tomas. Ensayo sobre el derecho a la propia imagen. Editorial Reus, Madrid, págs. 156 y sigs. citado por CASTAN VAZQUEZ, José M. ob cit. pág. 239.

torizar la reproducción de la imagen del menor.

Por su parte Ruiz Tomas, sostiene que es exigible el consentimiento paterno en los convenios por los cuales -- dispone el menor, en una u otra forma de su imagen; se apoya en que desde el punto de vista moral, es nocivo dejar a los menores en abandono respecto de materias personales de las - que puedan derivarse graves repercusiones acerca de su honestidad en el futuro, y para protegerles se dispone de la patria potestad, y considera desde el punto de vista jurídico, que el dar el consentimiento para la divulgación de la imagen constituye siempre un convenio, ya se dé retribuida o gratuitamente, y necesita como tal la asistencia del padre para su validez, aparte de que tales actos de disposición de la imagen tienen o pueden tener trascendentales consecuencias para el patrimonio. (73)

Resulta también que, en ocasiones, dos o más derechos de la personalidad se vinculan entre sí y de esa manera dan lugar a un estudio conjunto. Por ejemplo, el Artículo -- 10o. del Código Civil Italiano, regula el abuso de la imagen ajena, realizado en perjuicio del decoro o de la reputación

(73) RUIZ, Tomas. ob. cit. pág. 161, citado por CASTAN VAZQUEZ, José M. ob. cit. pág. 240

de una persona o de sus parientes, y de la misma manera encontramos que el segundo párrafo del Artículo 2577 del Ordenamiento citado establece.

Artículo 2577. Contenido del derecho.- El autor... puede oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de dicha obra, que pueda constituir perjuicio para su honor o reputación.

Como complemento a lo antes expuesto, cabe señalar que el Artículo 2577 del Código Civil Italiano tiene su símil en nuestro Ordenamiento Jurídico, concretamente en la fracción II del Artículo 2o. de la Ley Federal sobre el Derecho de Autor.

En ese caso, no podemos dejar de ver que los derechos a la imagen, al honor y al honor del autor se encuentran vinculados, de tal manera que no es posible analizar uno sin el demérito de los demás.

.IV.- Derecho sobre el propio cuerpo

El problema más inmediato que surge al tratar la sistemática de los derechos de la personalidad lo es el relativo a su catálogo, pues los diversos autores que se han echado a cuestras esta tarea los ubican en diferentes ámbitos y, por lo mismo, elaboran de ellos diversos agrupamientos.

Por ejemplo, Messineo (74) señala que el derecho sobre el propio cuerpo ofrece tres diversas manifestaciones: derecho a la vida; derecho al pudor o negativa a someterse a visitas o a inspecciones corporales, o a cuidados médicos o a operaciones quirúrgicas, y derecho de disposición sobre el mismo.

A su vez, el Maestro Gutiérrez y González (75) inspirado en las ideas de De Cupis y de Nerson, considera que los derechos de la personalidad comprenden tres amplios campos: Parte social pública, parte afectiva y parte físico somática. En esta última incluye el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho a la integridad física y derechos relacionados con el cuerpo humano (que a su vez contie-

(74) MESSINEO, Francisco. Tomo III. Derecho de la Personalidad. Derecho de la Familia. Derechos Reales. ob. cit. págs. 17, 18, 19 y 20.

(75) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. ob cit. págs. 729 y 730.

ne la disposición total del cuerpo, disposición de partes -- del cuerpo y disposición de accesiones del cuerpo), y derechos sobre el cadáver (que a su vez contiene lo relativo al cadáver en sí y las partes separadas del mismo).

Consideramos importante el adoptar un concepto de -- cada uno de estos derechos de la personalidad, en orden a lo -- antes señalado y formular algunos cuestionamientos que creemos pudieran involucrar a la patria potestad en relación a los mis mos, por ser ese, precisamente, el objetivo de nuestro trabajo.

El derecho a la vida, en el sentido de que el sujeto tiene derecho a que otro no atente contra su vida, se protege directamente en las normas del derecho penal, e indirectamente en la legislación civil, pues en este último campo no encontramos una protección específica del derecho sobre el propio cuerpo, lo anterior, sin perjuicio de que, acaso, lo encontráramos tutelado a través de la regulación al derecho a recibir alimentos.

En el derecho público, podemos señalar las normas -- constitucionales que exigen para privar de la vida a alguien, -- la existencia de un juicio apegado a la ley, y que la pena de muerte se aplique únicamente en los casos en que la norma lo -- establece. (Artículos 19 y 22)

También incluimos en el anterior ámbito, las normas

del derecho penal en las que directamente se protege el derecho a la vida, al tipificar como delitos el abandono de personas: niños, enfermos, cónyuge e hijos. (Artículos 335 y sig.)

Consideramos que es menester señalar que en la legislación familiar del Estado de Hidalgo, que hemos citado con antelación, se encuentra protegido el derecho a la vida en el capítulo vigésimo séptimo, en cuyo rubro se señala: De la protección de los inválidos, niños y ancianos, regulación que es a cargo de los Artículos 344 y siguientes.

El derecho a la libertad es el bien jurídico constituido por las proyecciones físicas del ser humano de ejercicio de una actividad individualizada por el ordenamiento jurídico de cada época y región. (76)

En el campo del derecho privado encontramos que -- este derecho se encuentra protegido en los siguientes rubros:

Libertad para señalar domicilio (Artículos 29 y 34 del Código Civil, para el Distrito Federal). Sin embargo se reputa como domicilio legal del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto. (Artículo 32, fracción I del Código Civil para el Distrito Federal). Y, además mientras estuviere el hijo en la patria potestad, -

(76) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. ob. cit. pág. 856.

no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente. (Artículo 421 -- del Código Civil para el Distrito Federal)

Libertad contractual (Artículos 1792 y 1793 del -- Código Civil para el Distrito Federal). La menor edad es --- una restricción a la personalidad jurídica; pero el que tenga esta incapacidad puede ejercitar sus derechos o contraer --- obligaciones por medio de sus representantes. (Artículo 23 - del Código Civil para el Distrito Federal). La incapacidad - del autor del acto jurídico, produce la nulidad relativa del mismo. (Artículo 2228 del Código Civil para el Distrito Federal)

Libertad de testar (Artículo 1295 del Código Civil)

El testamento, por definición es un acto personalísimo, revocable y libre. En este caso, encontramos una excepción a la ley, pues pueden testar los menores de edad que han cumplido dieciseis años (Artículos 1305 y 1306, fracción I del Código Civil). Señalamos que la legislación civil reconoce el derecho a la libertad de testar a los menores sujetos a la patria potestad, permitiéndoles otorgar testamento sin la intervención de los ejercientes de ese derecho.

Otro caso de excepción, lo localizamos en el Artículo 387 del Código Civil, en el que se señala que el que ejer

ce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar, debe consentirla; pero, si el menor que se va a adoptar tiene más de catorce años, también se necesita su consentimiento para la adopción.

Por otra parte, el derecho de libertad, tiene una amplia protección en el derecho público, pues se tutela a través de los Artículos 103 y 107 Constitucionales, que regulan el juicio de amparo, y en los Artículos 364 a 366 del Código Penal, que tipifican y sancionan el delito de la privación -- ilegal de la libertad.

El derecho a la integridad física o corporal, es la proyección psíquica del ser humano, constituida por la exigencia a los demás miembros de la colectividad, de respeto a su cuerpo, y que regula y sanciona el ordenamiento jurídico de cada época. (77)

No existe en la legislación civil protección a ese derecho, sin perjuicio de que el mismo se encuentre ampliamente protegido en el derecho público.

Por ejemplo se prohíben las penas de mutilación, -- la marca, los azotes, los palos y el tormento. (Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)

(77) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. ob. cit. págs. 869 y 870.

En materia penal se sancionan las lesiones al tipificarse como delitos contra la vida y la integridad corporal. (Artículo 288 del Código Penal para el Distrito Federal)

Referente a los derechos relacionados con el cuerpo humano, nos encontramos en primer término con la disposición total del cuerpo, el que consideramos se puede presentar en el caso de experimentos científicos, los que se encuentran regulados en el Artículo 100 de la Ley General de Salud. Para el objetivo que perseguimos, de acuerdo con la legislación antes señalada, tratándose de menores sujetos a patria potestad, para experimentos científicos, se deberá contar con el consentimiento del Representante Legal del sujeto en quien se realizará la investigación, siempre que no sobrevenga el riesgo de lesiones graves, invalidez o muerte. (Artículos 34 y siguientes del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

En la disposición sobre partes del cuerpo, no contamos en nuestra legislación civil con una disposición como sucede en el Código Civil Italiano, Artículo 5o. Actos de disposición del propio cuerpo.- Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarios en otra forma a la ley, al orden público a las bue--

nas costumbres. (78)

Entendemos que, de acuerdo con la legislación italiana, el derecho sobre el propio cuerpo es reconocido y --- plenamente ejercitado, aunque sometido a ciertos límites --- como lo establece la propia disposición legal citada.

En la actualidad, en nuestro país, la Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de febrero de 1984, dedica el título Décimo Cuarto denominado Control Sanitario de la Disposición de Organos, tejidos y cadáveres de seres humanos; Capítulo I, Disposiciones Comunes, a la reglamentación que estudiamos. (Artículos del 313 al 350)

En la citada ley, el Artículo 326 indica que no será válido el consentimiento otorgado por los menores de edad para efectuar la toma de órganos y tejidos (Artículo 324)

El cadáver, de acuerdo con la legislación en cita, no puede ser objeto de propiedad y siempre será tratado con respeto y consideración. (Artículo 336)

En cuanto al derecho sobre el cadáver, cuando el disponente originario no haya otorgado su consentimiento en

(78) MESSINED, Francisco. Tomo I. Introducción. Código Civil Italiano. ob. cit. pág.133.

vida para la utilización de órganos y tejidos de su cadáver, se requerirá el consentimiento o autorización de los disponentes secundarios, señalándose como tales al cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario -este último es la persona que con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo, ejercen disposición- (Artículos 315, 316 y 325)

El derecho a la vida es el bien jurídico constituido por la proyección psíquica del ser humano, de desear en todos los demás miembros de la comunidad, una conducta de respeto a su subsistencia, proyección que es sancionada por el ordenamiento jurídico. (79)

El primer cuestionamiento surge para saber quienes tienen el derecho a la vida, si los nacidos y los nacturus, o sólo los primeros. El problema, consideramos, queda resuelto con la interpretación simultánea de los Artículos 22 y 327 del Código Civil, ya que si el primero señala que al concebido se le tiene por nacido para los efectos declarados en el código, el segundo, por su parte, señala los requisitos de la viabilidad, o sea que sólo se reputa nacido el feto --

(79) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. ob.cit. pág. 842.

que, desprendido enteramente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo al Registro Civil. En consecuencia, --- únicamente en las circunstancias que señala el segundo de los preceptos, nace el derecho a la vida como derecho de la personalidad.

La patria potestad pudiera tener relación con este derecho de la personalidad, cuando, por ejemplo, el ejercicio de la misma le proporcionara al hijo autorizaciones o permisos que trajeran como consecuencia el riesgo de perder la vida lícitamente. El caso sería, autorizándolo para que se le expidiera licencia de automovilista, para intervenir en actividades deportivas peligrosas.

V.- Derecho al honor

Dentro del catálogo de los derechos de la personalidad el derecho al honor se encuentra en la parte social -- pública del titular. No resulta fácil el contar con una definición jurídica del derecho al honor, en virtud de que uno -- de los problemas más notorios en el tratamiento de los derechos de la personalidad, por ausencia de sistemática propia.

El Maestro Gutiérrez y González considera que se -- puede definir al honor o reputación como el bien jurídico -- constituido por la proyección psíquica del sentimiento de -- estimación que la persona tiene de sí misma, o la que atribuye a otros sujetos de derecho, cuando coincide con el que -- considera el ordenamiento jurídico de cada época o región -- geográfica, atendiendo a lo que la colectividad en que actúa, considera como sentimiento estimable. Y también señala, que salvo Adriano De Cupis que define al honor como la dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma, no se tiene conocimiento de otra definición jurídica del honor. (80)

De acuerdo con la anterior definición, podemos --

(80) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. ob. cit. págs. 753 y 758.

afirmar que el derecho al honor es un derecho subjetivo y -- por lo mismo absoluto que tienen las personas a partir y por el hecho mismo del nacimiento. Por ese motivo, los ejercientes de la patria potestad tienen la facultad de cuidar el -- honor de los hijos, a quienes corresponde exclusivamente un honor propio.

VI.- Derecho al secreto de la correspondencia

Ya hemos referido con anterioridad que al tratar de los derechos de la personalidad no es posible elaborar un listado de los mismos, pues esta materia se encuentra en formación, sin perjuicio de que por sus características ofrece, además una muy particular dificultad.

Es por ese motivo que el derecho al secreto de la correspondencia o epistolar, se trata en forma autónoma o bien formando parte de otro derecho más amplio como el derecho al secreto o a la reserva, en el que se incluyen además otros derechos como el domiciliario, telefónico, profesional, imagen o testamentario. (81)

En ese orden de ideas, aceptamos como definición al derecho al secreto epistolar, el deseo íntimo del sujeto de vivir libre y tranquilo de que el contenido de su correspondencia, de sus cartas, no será conocido sin su voluntad o sin mandato de ley por intrusos o indiscretos. (82)

Ahora bien, de acuerdo a la perspectiva que venimos analizando, de antiguo se viene admitiendo la facultad de los padres de intervenir la correspondencia epistolar de

(81) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. ob. cit. págs. 728 y 730.

(82) Idem. págs. 773 y 774.

los hijos menores no emancipados sujetos a su patria potestad.

En efecto, el derecho al secreto de la correspondencia se consagra como una garantía constitucional en el Artículo 16, tercer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En el que se señala que la correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

El Código Penal para el Distrito Federal, sanciona al que viola este derecho de la personalidad y tipifica en el Artículo 173, el delito de violación de correspondencia.

Sin embargo, en el Artículo 174, el Código Penal estatuye: No se considera que obren delictuosamente los padres que abran o intercepten las comunicaciones escritas dirigidas a sus hijos menores de edad, y los tutores respecto de las personas que se hallen bajo su dependencia, y los cónyuges entre sí.

En razón de lo anterior, la doctrina dominante se -- refiere al derecho de los padres de vigilar la correspondencia de los hijos, no concediendo a los menores el beneficio del secreto y la inviolabilidad de las cartas, pues los padres pue--den abrir su correspondencia o interceptar y confiscar las --- cartas que sus hijos escriban o reciban y aún destruirlas, pues consideran que esas facultades se otorgan a los padres por la

patria potestad. (83)

En nuestro Derecho, aunque las leyes civiles no --- otorguen la facultad antes mencionada a los padres, las leyes penales, como lo hemos asentado líneas arriba, permiten que - los padres se apoderen de cartas o de la correspondencia de - los hijos sometidos a patria potestad...

Nosotros consideramos que el derecho que tienen los padres, a que nos hemos referido antes, subsistirá mientras - dure la patria potestad, por lo que la mayoría de edad o la - emancipación por matrimonio de los hijos menores de edad, ha- cen cesar ese derecho.

Queremos señalar como una inquietud y formularlo a manera de un cuestionamiento, si el padre puede presentar en juicio o dar a conocer fuera de él, cartas y papeles del hijo que sirvan como prueba en los casos de Controversias del Or-- den Familiar o relacionados con acciones de Estado Civil, que se refieran al cumplimiento de los deberes y derechos persona les o patrimoniales que derivan de la patria potestad.

(83) CASTAN VAZQUEZ, José Ma. ob. cit. págs. 241 y 242.

Corolario

De todo lo hasta aquí expuesto, pudiera parecer que los derechos de la personalidad del hijo sujeto a patria potestad, pudieran ser ejercitados por los que la ostentan, en razón del derecho a la representación legal.

Sin embargo, consideramos que de acuerdo con las diferentes leyes citadas, el hijo sometido a patria potestad no solamente sabe ser oído en cuanto se trate de sus derechos de la personalidad, sino que su ejercicio le corresponde con la consiguiente exclusión de la Representación Legal de sus padres. Para tal aseveración reproducimos la que, a nuestro juicio, resulta ser una legislación avanzada al respecto:

Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos no emancipados.

Se exceptúan:

Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo. (Artículo 162, fracción I del Código Civil Español)

Esta legislación habla por sí misma y, en lo concerniente, desde nuestro punto de vista, es ejemplo a seguir.

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

1.- La patria potestad es una institución de derecho natural, que se manifiesta en el derecho positivo como el principal -- efecto de la filiación.

2.- La patria potestad en su origen fue un poder absoluto y - despótico del padre que evolucionó, merced al Cristianismo, - para convertirse en lo que es en la gran mayoría de las legis- laciones modernas: Una función dual de los ejercientes (padre y madre, abuelo y abuela paternos, abuelo y abuela maternos).

3.- En la concepción moderna de la patria potestad, ésta se - manifiesta como una función atribuida a los ejercientes para protección de los hijos, de carácter tuitiva.

4.- La filiación es fundamento de la patria potestad; sin --- embargo, es tratada con falta de sistemática en el Código Ci- vil para el Distrito Federal, considerando necesaria su revi- sión y, como consecuencia, la renovación de la patria potes- tad.

5.- La intervención del Estado en la patria potestad es lici- ta cuando vigila el cumplimiento de los deberes paternos, aún

cuando priva a éstos en casos excepcionales, por ser incapaces de ostentarla. En los casos normales, el Estado debe --- abstenerse de actuar.

6.- Las funciones típicas de los que ejercen la patria potestad son: guarda y dirección; alimentos; convivencia; representación y corrección.

7.- Existen otros derechos no típicos que incumben a los que ejercen la patria potestad, aunque no procedan de la misma.- Son los llamados derechos de la personalidad del hijo no --- emancipado.

8.- Existe desacuerdo en la doctrina respecto de la forma en que haya de decidirse el punto de si los derechos de la personalidad constituyen una categoría de derechos subjetivos - verdaderos y propios.

9.- Comúnmente los derechos de la personalidad del hijo sujeto a patria potestad, se ejercitan a través de la Representación Legal que tienen los padres.

10.- Los derechos de la personalidad del hijo más aceptado - son: derecho al nombre, derecho a la imagen, derecho sobre -

el propio cuerpo, derecho al honor y derecho al secreto de la correspondencia.

11.- La representación legal de los hijos no emancipados, -- que tienen los padres que ostentan la patria potestad, queda exceptuada en los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo.

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

- BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho de Familia. Tomo II. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977.
- BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. Textos Universitarios. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1962.
- CASTAN VAZQUEZ, José María. La Patria Potestad. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1960.
- CICU, Antonio. La Filiación. Ed. Revista de Derecho Privado. Edición Española. Madrid.
- CICU, Antonio. La filiazione, en el Trattato di Diritto Civile Italiano dirigido por Vassalli. V.III. t.II, fasc. 1 y 2, 2ª Ed. Torino, 1951.
- CICU, Antonio. El Derecho de Familia. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1947.
- COLIN, Ambrocio y H. CAPITANT. Curso elemental de Derecho Civil (trad. española) Instituto Editorial Reus, -- Madrid, Tomo II, V. 1ª.
- DE CASTRO BRAVO. Derecho Civil de España. Tomo II-1.
- FERNANDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. México, 1947.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso,

- Parte General, Personas, Familia. Ed. Porrúa, S.A., México, 1973.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio, Reimpresión Inalterada de la 2ª Ed. Editorial Cajica, S.A., Puebla, Puebla, México 1982.
 - KIPP, Theodor, WOLFF, Martin y ENECCERUS, Ludwing. Volumen-Primero y Volumen Segundo. T. IV. Sexta revisión. - Traducción de Blas Pérez González y José Alguer, 2ª Ed. Bosch Casa Editorial. Barcelona España, 1952.
 - LAGUNES PEREZ, Ivan. Revista del Centro de Estudios Judiciales. Tribunal Superior de Justicia del Distrito -- Federal. Número 1. octubre-diciembre de 1986.
 - MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera V. Cuarto. La Familia. Organización de la Familia. Disolución y Disgregación de la Familia. Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959.
 - MESSINEO, Francisco, Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomos I, II y III. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979.
 - MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, - S.A., México, 1983.
 - PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Tra-

- ducción de la Novena Edición francesa por José Fernández González. Editora Nacional, S.A., México, 1953.
- PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil. Introducción. Familia. Matrimonio. Primera Ed. Traduc. hecha por el Lic. José M. Cajica Jr. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983.
 - PLANTIZ, Hans. Principios de Derecho Privado Germánico. Traducción de Carlos Melón. Bosch Casa Editorial, Barcelona, España. 1957.
 - REAL ACADEMIA ESPAÑOLA "Fuero Juzgo en Latín y Castellano". Ed. Ibarra Impresores. Madrid, España, 1815.
 - RUIZ, Tomas. Ensayo sobre el derecho a la propia imagen. Editorial Reus, Madrid.
 - SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis. El Nuevo Régimen de la Familia. Patria Potestad. Tomo II. Editorial Civitas, S.A., Cuadernos Civitas. 2a. reimpresión. Madrid, España, 1982.
 - SORH, Rodolfo. Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema. Traducción de Wenceslao Roces. Editora Nacional, S.A., México, 1975.

LEGISLACION CONSULTADA:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- Código Civil para el Distrito Federal.
- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la -
Baja California, México, 1978.
- Código Civil Alemán. (BGB)
- Código Civil Italiano.
- Código Penal para el Distrito Federal.
- Ley General de Salud.
- Ley Sobre Relaciones Familiares, México, 1917.
- Legislación Familiar del Estado de Hidalgo, Edición
del Gobierno del Estado de Hidalgo, México, 1984.
- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de
Investigación para la Salud.
- Apéndice de Jurisprudencia al Semanario JUDICIAL de la
Federación 1917-1985.
- Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la
Nación por su presidente Lic. Alfonso Guzmán Neyra --
del año de 1970, Segunda Parte, 1a.2a.3a.y4a. Salas.