

301809

18
24.

**UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO
PLANTEL SAN RAFAEL
"ALMA MATER"**

**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**UN ANALISIS DE LA PATRIA POTESTAD
EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

p r e s e n t a:

ROGELIO LEON HURTADO

PRIMER REVISOR

LIC: ANA LUISA LOPEZ GARZA

SEGUNDO REVISOR

LIC: MARISOL PIEDAD SARO GONZALEZ

MEXICO, D.F.

1997

**TESIS CON
PALLA DE CEMENTO**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

301809

18

24.

**UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO
PLANTEL SAN RAFAEL
"ALMA MATER"**

**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**UN ANALISIS DE LA PATRIA POTESTAD
EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

p r e s e n t a:

ROGELIO LEON HURTADO

PRIMER REVISOR

LIC: ANA LUISA LOPEZ GARZA

SEGUNDO REVISOR

LIC: MARISOL PIEDAD SARO GONZALEZ

MEXICO, D.F.

1997

**TESIS CON
PALLA DE CEMENTO**

DEDICATORIAS

*A mi adorable Esposa:
Ma. Teresa Colorado de León
"Quien se sacrifico a mi lado para
llevarme al exito". Gracias.*

*A mis hijos: Rogelio y Mariana
"Quienes son mi razon de ser"*

*A mis padres: "Quienes me dieron
la vida y la oportunidad de iniciar
mi formacion profesional".*

*A la Universidad del Valle de México:
"Un profundo agradecimiento"*

*A la memoria de mi querido Suegro:
Mariano Colorado Cupido
"Gracias por sus consejos"*

INDICE

UN ANALISIS DE LA PATRIA POTESTAD EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO

Introducción.....	I
-------------------	---

CAPITULO I

ANTECEDENTES Y EVOLUCION HISTORICA

1.1 En el Derecho Romano.....	1
1.2 En el Derecho Mexicano.....	11
a).- Época Precolonial.	
b).- Época Colonial.	
c).- Época Independiente.	

CAPITULO II

DERECHO COMPARADO

2.1 Legislación Alemana.....	19
2.2 Legislación Francesa.....	22
2.3 Legislación Española.....	32
2.4 Legislación Italiana.....	42
2.5 Legislación Mexicana.....	52

CAPITULO III

DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DE LA PATRIA POTESTAD

3.1	Diferentes conceptos de la institución de la Patria Potestad.....	55
3.2	Distinción entre Derecho y Obligación de la Patria Potestad, a fin de demostrar cuándo empieza una y cuándo termina la otra.....	58
3.3	Derecho a la Alimentación.....	62
3.4	Derechos y Obligaciones de los que ejercen la Patria Potestad en relación con los bienes del menor.....	65
3.5	De las personas sometidas y del ejercicio de la Patria Potestad.....	75
3.6	En caso de disolución del matrimonio quienes ejercen este Derecho.....	78
3.7	Derechos y obligaciones que tendrá el menor sometido a la patria potestad.....	85
3.8	La madre soltera menor de edad sometida aún a la patria potestad, tendrá los mismos derechos y obligaciones para ejercer este derecho de sus menores hijos.....	88
3.9	Por incapacidad del padre, quienes ejercen este derecho.....	91
3.10	Que autoridades están facultadas para proteger a los menores en caso de que no se cumplan los deberes y obligaciones en el ejercicio de la patria potestad.....	93

CAPITULO IV

DISPENSA, SUSPENSIÓN, EXTINCIÓN Y PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

4.1	Cuándo se dispensa el ejercicio de la patria potestad.....	96
4.2.1	Extinción de la patria potestad.....	97
4.2.2	Pérdida de la patria potestad.....	99
4.2.3	Suspensión de derechos y obligaciones de la patria potestad.....	102

CONCLUSIONES

PROPUESTAS

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

La finalidad que me llevó a la elección de este tema, es la importancia jurídica que tiene como institución la Patria Potestad, sobre los menores sometidos a ella, es decir, que los que la ejerzan, estén concientes que tienen responsabilidades que cumplir, y a la vez distingan en que momento empiezan a ejercitar sus derechos.

Como institución la Patria Potestad tiene sus raíces en el Derecho Romano y ésta fue concebida como un poder ilimitado que ejercía el Pater Familias sobre sus descendientes y todos los miembros que integraban su familia, gozando de facultades y derechos como si el menor fuera una cosa insignificante, y no ser tratado como un ser humano; Esta figura jurídica a través del tiempo fue evolucionando, época tras época, hasta que la Madre tuvo ciertos derechos para con los hijos en una forma limitada.

En México, hablaremos del Derecho Mexicano, Época Colonial y la Época Independiente, sobre los derechos y obligaciones de la Patria Potestad que en cada una de ellas desempeñaron sobre los que se encontraban sometidos en cuanto a sus costumbres.

Al referirme también a las legislaciones Alemana, Francesa, Española e Italiana, se destacarán algunos puntos sobresalientes para hacer la comparación del derecho y regulación de la Patria Potestad, de las personas sometidas a ellas por el jefe de familia.

En nuestra legislación, cabe destacar que en la actualidad la Institución de la Patria Potestad, tanto el Padre como la Madre, gozan de los mismos derechos y

obligaciones para ejercerla conjuntamente, teniendo todas las facultades de corrección y la obligación de observar una conducta que sirva a los hijos de buen ejemplo para su educación.

Finalmente, estos derechos y obligaciones han sido regulados por nuestra Legislación para que los Padres lleven a cabo el buen cumplimiento de la Patria Potestad, dándole a los menores sometidos a ella, la protección y aseguramiento, y en caso de que no cumplan los Padres, será el Ministerio Público quien intervenga en esta situación. No cabe duda que el legislador en nuestro País, ha dado la importancia a esta figura jurídica de la Patria Potestad, en una forma equitativa, tanto los que se encuentran sometidos, como los que la ejercen.

CAPITULO I

ANTECEDENTES Y EVOLUCION HISTORICA

1.1 En el Derecho Romano

En el desarrollo de la vida de la humanidad, la historia para el hombre, nunca la podrá éste olvidar, ya que se manifiesta en el presente de cada época, ya que si el hombre recuerda en lo profundo de su mente, ahí encontrará e identificará las huellas de esas diferentes épocas, dependiendo lo que cada una haya depositado en él.

Estudiando los diversos pueblos y sus costumbres de éstos a lo largo de la historia, vemos como en la antigüedad la patria potestad fue concebida como un poder que ejercía el padre sobre los hijos.

Se sabe que la patria potestad en el derecho antiguo significaba un privilegio, una facultad y aún más que eso, un poder a favor del padre que la ejercía y en casi todas las legislaciones primitivas, existía una mentalidad que entrañaba un arbitrio de vida o muerte sobre las personas sujetas a ella. Dicho concepto original con el transcurso del tiempo fue transformándose hasta convertirla de una autoridad absoluta ejercida en forma de dictadura, en una institución de protección y beneficio hacia los sometidos, los cuales a su vez se fueron reduciendo de toda una tribu o familia, para quedar únicamente restringido, su grado de aplicación a los hijos exclusivamente, rigiéndolos desde el momento de su nacimiento hasta lograr la mayoría de edad, momento en que debe terminar automáticamente la potestad que sobre ellos se detenta; pues el descendiente ya

podrá bastarse por sí mismo, sin necesidad de la protección paterna que lo tuteló en su minoría.

Para entender la materia que nos ocupa, debemos hacer notar que los individuos en el Derecho Romano, se dividían en dos clases de personas: La Alieni Juris y las Sui Juris. Se llama Alieni Juris a las personas sometidas a la autoridad de otro, y Sui Juris a las personas libres de toda autoridad, o sea que dependían de ellos mismos, y son los Pater Familias o Jefes de Familia; este título implica el derecho de tener un patrimonio y de ejercer sobre todos los miembros de su familia su potestad.

Pater Familias.- Probablemente del latín parere; engendrar, palabra compuesta definida de la siguiente manera:

"Es la locución de que se sirve el Derecho Romano, para designar al varón que ejerce la autoridad sobre la familia, sin estar sometido, por su parte a la potestad de otro ascendiente". (1) La Institución de la Patria Potestad fue una piedra básica en el desarrollo de la familia romana y por lo mismo, objeto de una cuidadosa regulación jurídica.

"Originalmente, en Roma, el titular de la Patria potestad ya fuere el padre o el abuelo, tenían un poder casi ilimitado sobre el hijo; eventualmente podían incluso darle muerte (ius vitae necisque). Posteriormente habría de atemperarse esta amplia facultad". (2)

(1) Diccionario de Derecho Privado. Tomo II. Editorial Porrúa. México, 1962. p. 2933.

(2) MARGADANT FLORIS, Guillermo. El Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge. México, 1960. pp. 136-137.

El poder amplio del padre se advertía en la suma de facultades como en su duración; Dichas facultades se clasificaban, en cuanto a la persona del menor y en cuanto a su patrimonio. Las facultades del padre sobre los hijos en el orden personal eran las siguientes:

- a).- Podía abandonarlo como si fuera una cosa o un esclavo.
- b).- Podía venderlo, recuperarlo y volver a venderlo.
- c).- Podía reivindicarlo.
- d).- Podía castigarlo e incluso causarle la muerte.

Analizando las fuentes productoras de la patria potestad en el derecho romano, vemos que estas eran: la Natural y la Artificial. Dentro de la adquisición de la potestad natural encontramos las "Justae Nuptiae" ó "Justum Matrimonium", y la "Legitimación".

Como formas o actos artificiales para obtenerla tenemos a la "Adrogatio" y la "Adoptio", o sea la Adrogación y Adopción , respectivamente.

Las Justas Nupcias.- Es la fuente principal de la potestad paternal, ya que normalmente se adquiere por la concepción del hijo en matrimonio legítimo. En el momento de nacer estos hijos caen bajo la patria potestad del padre y entran a formar parte de la familia civil de éste, o si el padre a su vez es hijo de familia, quedan sometidos a la potestad de quien es el Jefe de Familia; en cambio con la madre solo existe un lazo natural de cognación.

Las condiciones para contraer matrimonio en Roma eran las siguientes:

- a).- La pubertad de los esposos.
- b).- El consentimiento de los esposos.
- c).- El consentimiento del Jefe de Familia.
- d).- El conubium.

Cuando faltaba alguna de estas condiciones apuntadas, el matrimonio era nulo y no producía por consiguiente ningún efecto legal. En cuanto a los hijos de estos matrimonios, nacían *sui juris* y eran tratados como hijos nacidos en caso accidental, entre hombre y mujer, pero en cambio estaban unidos a la madre y a los parientes maternos por la *cognación*.

Para los efectos de la filiación, el Derecho Romano estableció el término de ciento ochenta días para presumir que el hijo nacido en ese tiempo era hijo de justas nupcias; y de trescientos días de embarazo como máximo, para el mismo efecto después del matrimonio.

Por lo que respecta a la Legitimación, indica ciertos medios por virtud de los cuales los Emperadores Cristianos para favorecer las uniones irregulares, permitían al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos naturales nacidos del concubinato, mediante la subsiguiente legitimación, obteniendo por este medio la consideración jurídica de hijos legítimos.

La forma más importante de la legitimación es la del matrimonio de los concubinos siempre y cuando no existan impedimentos para ello.

A estas formas de legitimación se les dió como efectos legales la obligación de dar alimentos, así como también se les otorgó ciertos derechos hereditarios.

La adopción (Adoptio) es una Institución de Derecho Civil, cuyo efecto es crear entre dos personas relaciones análogas a las que crean las justas nupcias entre el hijo y el jefe de familia. En sentido estricto en la adopción de un hijo de familia sin distinción de sexos, se efectuaban mediante un negocio jurídico; consistiendo éste en dos actos: La mancipatio del hijo de familia, por parte de su padre natural, y la vendicatio de aquél, por el padre adoptivo.

Por lo que respecta a la mancipatio se extingue la patria potestad del padre natural; por conducto de la vendicatio se origina la Patria Potestad del padre adoptivo. De esta manera cae bajo la autoridad paterna el derecho que tenía sobre el descendiente.

En cuanto al patrimonio de los hijos; los hijos no podían ser propietarios de ningún bien, todo lo que adquirían pasaba a manos del padre y por lo que respecta a la duración el poder se prolongaba toda la vida.

La patria potestad en Roma, no se extinguía al madurar el hijo ni al envejecer el padre, cualquiera fuera la edad de ambos, incluso cuando el hijo se casaba o tenía hijos.

No terminaba el poder que el padre ejercía con la mayoría de edad del hijo, ni aún cuando éste hubiera alcanzado un alto rango social, pues solamente concluía con la muerte del progenitor.

Por lo que podemos interpretar que la patria potestad es el poder jurídico pleno del jefe de familia sobre los hijos, hijos de hijos, y así sucesivamente.

"La potestad paternal pertenece al Jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. No es como la autoridad del señor, una institución del derecho de gentes; es de derecho civil y no puede ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano". (3)

Por lo que se refiere a la venta del hijo, el padre podía comerciar con éste, lo cual tenía bajo su autoridad, es decir, cederle a un tercero su autoridad y sus derechos sobre el mismo; a título oneroso, por regla general el padre enajenaba al hijo en un momento de miseria y en un precio efectivo, ejecutando una verdadera venta. A veces también la cedía a su acreedor en señal de garantía; a esta figura de comerciar se le llamaba Mancipium, de donde se deriva la emancipación.

El poder del padre fue limitándose, al mismo tiempo que evolucionaba la familia romana, de la que era soporte. Así el poder paterno limitado y egoísta en su origen se fue transformando en una función de beneficio para el hijo.

Durante la República, el poder paterno no sufrió restricción alguna, pero en el último siglo de esta época los derechos de los hijos se empiezan a reconocer en

(3) EUGEN PETIT. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Epoca, S.A. México, 1977. p. 100

forma gradual. Habiendo sido en la época imperial donde hubo una mayor parte de declinación del poder paterno, por lo que la patria potestad se convierte en fuente de derechos y deberes mutuos entre padre e hijo.

La venta de los hijos se declaró ilícita y solo fue permitido al padre en caso de extrema necesidad para procurarse alimentos. Diosesano prohibió la enajenación de los hijos en cualquiera de sus formas, ya fuese venta, donación o empeño; pero Constantino renovó este derecho permitiendo al padre la venta en caso de ser indigente y estar abrumado por necesidad, otorgándole la facultad de poderlo recuperar al reintegrar la cantidad obtenida al comprador.

Bajo el Imperio de Constantino, también fue prohibido el abandono de los menores, que en un principio estaba admitido al padre, estableciéndose que el hijo abandonado estuviese bajo la autoridad de quien lo recogiera, bien como hijo, o como esclavo, pudiendo declarar libre en forma *sui juris*.

Desde el punto de vista patrimonial el hijo no podía primitivamente, ser titular de derecho y sólo se le consideraba como un instrumento sobre adquisición de bienes y productos en favor del padre que por ley era el dueño absoluto de esos bienes. Todo lo que el hijo adquiría se entendía adquirido por el padre; pero las deudas adquiridas por el hijo en nada afectaban el patrimonio del padre; sin embargo, en la familia no existe un patrimonio del hijo y otro del padre sino un solo patrimonio, cuyo jefe es el amo absoluto, y los hijos tenían un derecho de copropiedad sobre los bienes que han contribuido a aumentar ese acervo familiar, durante la vida del jefe, pero a su muerte pasaban entonces a ser propietarios absolutos de ellos a título de herencia.

Por otra parte la regla por la cuál los hijos de familia no podían tener nada en propiedad, se modificó en el Bajo Imperio, en el que ciertas adquisiciones les fueron permitiendo obtener, otorgándoles la absoluta propiedad de las mismas.

Esta innovación en beneficio del sometido a la patria potestad creó la Institución del Peculio, lo que vino a minorar la incapacidad del mismo para poseer. El peculio es por lo tanto un conjunto de bienes, cosas corporales y derechos patrimoniales, que el padre atribuye al hijo, siempre por razones comerciales o de decoro, que estime conveniente concederle; lo que basta darle una cierta libertad económica al sujeto a la potestad paternal.

El maestro Agustín Verdugo, establece: "Para el hijo sujeto a la patria potestad, en Roma, existen tres clases de peculios:

a).- El Profecticio.

b).- El Adventicio.

c).- El Castrense.

a).- El Profecticio.- Fue el primero que existió y consistía en considerar a todos los bienes adquiridos por el hijo, como propiedad absoluta del pater familias, siendo solo el hijo un administrador o representante de dichos bienes.

b).- El Adventicio.- La propiedad correspondía al hijo y el padre solo tenía derecho de usufructo, durante su vida, pero podía gozar y administrarlo libremente, pues se consideraba como suficiente garantía de una buena administra

ción, el natural amor del padre hacia los hijos.

Este peculio comprendía todos los bienes ganados por el hijo fuera de cualquier procedencia paterna, ya por su trabajo con excepción del servicio militar, ya por la fortuna o sucesión de su madre o de sus parientes maternos, o por donación o causa de su matrimonio.

c).- El Castrense.-Era el obtenido por el hijo en el servicio militar, del cual tenía derecho de disponer si moría con testamento; pero si el hijo moría abintestado, se presumía que el peculio había pertenecido siempre al padre en virtud de su autoridad doméstica.

Una sola excepción se opina antes de Justiniano y ya vigente el Derecho Imperial, a la libre y absoluta independencia del peculio castrense, el cual, en caso de intestado, el hijo caía en poder del padre; pero este emperador suprimió el último vestigio del antiguo poder quirritario sobre los hijos, estableciendo que a la falta de testamento, el peculio castrense sería distribuido: primero, a sus hijos; segundo, a los hermanos; tercero, al padre, quien de esta manera quedaba convertido en mero heredero posible del hijo. (4)

La autoridad paterna no surte ningún efecto sobre la condición social del hijo de familia, pues disfruta de los derechos políticos y puede ocupar los cargos públicos que se le confieran sin necesidad de la autorización paterna.

(4) VERDUGO, Agustín. Principios de Derecho Civil Mexicano. Editorial Esfinge. México, 1960. p.6

Es necesario dejar establecido que el pater familias dueño absoluto de derechos en esta época, no solo ejercía su poder en relación de sus hijos sino en relación con todos los miembros que integraban su familia y sobre todo con la mujer que se encontraba en una condición análoga a la de una hija más e incluso, también tenía sobre ella la facultad de vida o muerte, que fue derogada por la Ley Juliana, es obvio por lo tanto decir, que la madre no compartía la patria potestad sobre sus hijos, que solo era ejercida por el padre, aún cuando fuera él un anciano, ya que la madre nunca puede detentar la potestad paternal, limitándose su papel al de atender el hogar y a influir con poder de la (manus) durante la existencia de su marido, que aún al morir ésta no quedaba libertada como los hijos en su caso, que era necesario nombrarle un tutor ya fuere testamentario, por el propio marido, o legítimo, por el magistrado competente.

Tampoco podía la madre dar su consentimiento para que sus descendientes contrajeran matrimonio; sin embargo, paulatinamente y en forma no muy definida al principio, vino preparándose la gran revolución legislativa que hizo posible la intervención de la madre en los asuntos de los hijos, estableciéndose normas que daban facultades a la madre. Ya en la Constitución Imperial otorgó a la madre, la facultad de poder intervenir en la elección de un marido para las hijas, y a los hijos en general se les imponía respeto y consideración hacia ambos progenitores, concediéndole además a la madre derechos de corrección para los hijos, y a la muerte del padre, si hay hijos menores se le nombra guardiana de ellos, a no ser que hubiere contraído segundas nupcias.

Así todos los emperadores fueron dando a la madre mayor ingerencia a la patria potestad de sus hijos, logrando una evolución jurídica en el campo del

derecho familiar romano por caminos nunca antes soñados para la mujer y en especial de la madre.

1.2 En el Derecho Mexicano.

a).- Epoca Precolonial

Dentro del Derecho Mexicano, es significativo encontrar normas que cambian la equidad y el buen sentido del criterio que deberá seguirse y que posteriormente será adoptado por los pueblos de otras naciones.

Contaban con una organización política, especie de cacicazgo oligárquico militar, que los gobernaba procurando el bienestar de todo el pueblo, conocían de principios diplomáticos, tenían un derecho penal completo y en cuanto al derecho civil, ya contaban con Instituciones básicas de la familia como el matrimonio, la patria potestad, la tutela y la curatela.

El matrimonio, desde esa época, era considerado como la base de la familia, y como tal, se le tenía en muy alto concepto; era un acto religioso con carácter de validez como un lazo casi indisoluble.

La mujer, que se le denominaba como principal, era la que procreaba a los hijos legítimos y por lo tanto con derecho de heredar. Por lo que se refiere a los hijos, encontramos que desde el momento de su nacimiento, eran sujetos de actos también rituales, más que jurídicos, así al nacer el hijo era bañado, inmediatamente-

te se consultaba para ver que animal era el que le tocaba de ángel tutelar, su otro yo, del que inclusive adoptaba su nombre.

Una vez que la comadrona bañaba al niño, todo dentro de un dogma ritual dirigía una oración al Chalchicuèye, la Diosa del Agua, en la que le pedía la purificación de las manchas de sus padres; si el recién nacido era varón, se daba a entender que estaba destinado a ser guerrero, si era mujer, se le recordaban sus deberes domésticos.

En el Còdice Mendocino se puede traducir de los jeroglíficos que contiene, que al nacer el niño, los padres le ponían en sus manos un arco y un escudo, para significar que àquel niño había nacido para invocar al Dios de la Guerra, Huitzilopochtli y para luchar por su patria; a la niña por el contrario se le ponía en sus manos un malacate, como símbolo para tejer.

La educación de los hijos era también cuidadosamente organizada, instruyendo a los menores de cómo habían éstos de vivir, dándoles consejos sanos y de beneficio, para cuándo alcanzaran su mayoría de edad, también los capacitaban para servicios personales, y a las niñas las actividades hogareñas les corregían para quitarles y evitarles la ociosidad y las exhortaban a realizar obras de provecho.

Existía la Institución del Mayorazgo, así el hijo mayor de la esposa principal era el heredero universal de tierras, títulos, esclavos y dignidades. También conocían de la tutela y la curatela.

El maestro Alfonso Toro, nos dice: " El Pueblo mexicano a pesar de su sanguinario culto era, debido a su educación, de buenas costumbres, enemigo de la mentira y la embriaguez, humano en sus relaciones privadas, trabajador y honesto en sus relaciones sexuales, siendo los lazos familiares muy estrechos y respetados". (5)

En esta época encontramos que la patria potestad era al igual en Roma, una Institución exclusiva del padre, sin embargo, en lo referente a la educación del descendiente intervienen ambos padres.

Analizando detenidamente este precepto, podremos darnos cuenta que ya estaba mas adelantado el Derecho Mexica que el mismo Derecho Romano, ya que ese ordenamiento si le daba al pater familias facultades de vida y muerte sobre sus sometidos.

Hasta aquí con el estudio de esta obra que es un esfuerzo por codificar y sistematizar las leyes antiguas del gran Pueblo de Anáhuac.

c).- Época Colonial

Puede decirse que durante la Colonia rigieron en México las leyes que estuvieron vigentes en España, principalmente las siete partidas. Para la época que nos ocupa, la Institución que analizamos habla sufrido una profunda evolución, que la habla convertido al mismo tiempo en fuente de facultades para el progenitor, envenero de obligaciones para él. Ya de tiempo atrás, en el fuero

(5) TORO Alfonso. Compendio de Historia de México. Editorial Trillas. México, 1955. p. 391.

juzgo, se había prohibido a los padres vender, donar o empeñar a sus hijos e inclusive se le había dado a la mujer una cierta participación en el ejercicio de la potestad sobre los vástagos.

La época de la Colonia en nuestro país, tiene una peculiar influencia en el desarrollo ulterior de las instituciones jurídicas del México de hoy.

Sin embargo en nuestro país, continuó la patria potestad siendo un officium virile, a la usanza del Derecho Romano y según lo habían recogido las partidas.

c).- Epoca Independiente

El estudio de esta época nos lleva a examinar los Códigos Civiles Mexicanos de 1870 y 1884.

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California se promulgó en 1870 y empezó a regir a partir del primero de marzo de 1871, teniendo una técnica jurídica muy avanzada para su tiempo, que inclusive dejó a la zaga a los legisladores europeos que habían regido en nuestro país y que inspiraron este ordenamiento jurisdiccional.

El Título Octavo, trataba lo relativo a la Patria Potestad y se dividía en tres capítulos, que a continuación se mencionan:

1.- De los efectos de la Patria Potestad respecto de la persona de los hijos.

2.- De los efectos de la Patria Potestad respecto de los bienes de los hijos.

3.- De los modos de acabarse y suspenderse la Patria Potestad.

Se desprende de lo anterior, que en nuestro país la institución de la patria potestad sobresalio de otras legislaciones, dándole tanto a padres e hijos una igualdad de derechos y obligaciones que en otros países no había sucedido en cuanto a los sujetos activos de esta figura jurídica.

La comisión redactora del Código Civil que examinamos en su exposición de motivos nos dice: "Más no se contentó con este paso (el de dar igualdad de derechos a la madre y al padre), la comisión sino que dando otro, declaró la patria potestad a los abuelos y abuelas. Contra los primeros solo puede alegarse la edad, pero como se les concede facultad de renunciar la patria potestad, es prudente creer, que el abuelo que se considera ya incapaz de ejercer aquel derecho lo renunciara en bien de sus descendientes. Respecto de las abuelas, militan las mismas razones que respecto de la madre y concurren las mismas circunstancias que en los abuelos. El pensamiento dominante de la comisión en esta materia y en la de sucesiones, ha sido no introducir en los negocios domésticos a personas extrañas, sino cuando no se puede evitar, y como en ambos debe intervenir el Agente del Ministerio Público, creé que tienen los menores las suficientes garantías". (6)

"Las leyes y sobre todo las instituciones debèn acomodarse a las costumbres; y aúnque el deber legislador ilustrado también en procurar la reforma

(6) Código Civil 1870. Exposición de Motivos. Com. Redactora. Editado J:M:Aguilar. México, 1875. p. 23

y mejora de las costumbres, no solo en lo moral, sino en lo social, este deber ha de desempeñarse prudentemente a fin de no desterrar costumbres útiles o introducir sin criterio otras nuevas". (7)

Debe también la comisión fundar la nueva distribución que ha hecho de los bienes que corresponden a los que están bajo la patria potestad. Conforme al Derecho Romano y al Español, se hacen varias distinciones bajo los nombres del Peculio Profecticio, Adventicio, Castrense, Cuasicastrense, que más o menos han sido modificados por los Códigos modernos, ya en los nombres, ya en la sustancia misma.

La Comisión ha creído que en el estado actual de nuestra sociedad, deben de modificarse en gran manera esas distinciones y sus consecuencias, atendiendo sólo respecto de estas a la verdadera utilidad de las familias, y respecto de las primeras sólo el origen de los bienes.

Por esa razón se señalan cinco clases:

- a).- Bienes que proceden de donaciones del padre.
- b).- Bienes que proceden de donaciones de la madre o de los abuelos.
- c).- Bienes debidos al don de la fortuna
- d).- Bienes que proceden de donación de los parientes colaterales o personas extrañas.
- e).- Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto sea cual fuere.

(7) *Ibid.* p. 24

En conclusión, podemos finalizar exponiendo que este primer Código Civil Mexicano, vino a revolucionar a la familia, pudiendo resumir sus innovaciones para esa época en los siguientes puntos:

Primero.- Reconoce la Patria Potestad del padre y de la madre mancomunada y solidariamente en derechos y obligaciones en relación a los hijos sometidos a su autoridad.

Segundo.- Deroga la diferencia de hijos naturales y legítimos, equiparandolos en un mismo nivel.

Tercero.- Establece la Sucesión de la patria potestad a la muerte de los padres, otorgando tal facultad a los abuelos y abuelas sucesivamente.

Con lo anterior, termino se finaliza con las antiguas teorías que al respecto existían en ese tiempo de vigencia, logrando una evolución jurídica de gran sentido práctico en beneficio del hijo, que es la parte más débil que debe protegerse.

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California entró en vigor a partir del primero de junio de 1884, y para compararlo con el ordenamiento que acabamos de analizar, observamos que son pocas las diferencias que se pueden apreciar en esta materia de la patria potestad en ambos Códigos Civiles, ya que casi en su totalidad se siguió el ordenamiento anterior, lo cual se debió, a que estaba bien planteado, sobre bases firmes y seguras, en donde

se fincaron los objetos que se necesitaban para la regulaci3n de las relaciones paterno filiales que nos ocupan, dada la 3poca de vigencia.

CAPITULO II

DERECHO COMPARADO

2.1 Legislación Alemana.

En Alemania se conocía con el nombre de "munt", la potestad que el padre tenía sobre el hijo. Esta palabra englobaba un derecho y un deber de protección. Sin embargo, en el antiguo derecho germánico el padre tenía grandes facultades sobre el hijo, que recuerdan al originario Derecho Romano, como son el derecho de exponer al hijo inmediatamente después de nacido sin que la ley interviniera, castigarlo a su arbitrio e incluso darle la muerte.

Explicaba Heinrich Lehmann, que la Institución de la Patria Potestad o "munt", era en un principio un derecho de dominio del padre sobre el hijo, que incluía poder absoluto sobre la vida y la muerte. " A través de su evolución se debilitó cada vez más, quedando solamente un derecho de educación y un derecho de disfrute del patrimonio del hijo, que no era ilimitado, pero estaba estructurado de modo egoísta".(8)

Fue la primera manifestación del hijo en su liberación la que se encuentra en los Pueblos de la antigua germania, pues ellos no eran partidarios de que una persona estuviera indefinidamente sujeta a la potestad paternal.

(8) LEHMANN, Heinrich. Derecho de Familia. Vol. IV. Editorial Revista. Madrid, 1953. p. 304.

Es de hacer notar que originalmente tambien la autoridad del jefe de familia (mundium) se ejercia sobre la mujer, a la cual podia repudiar, empeñar, vender, castigar corporalmente y aún matar

Pero pese a lo anterior, ella gozaba de una gran consideración en el seno familiar como participante de los afanes y riesgos del marido, existiendo así respeto y estimación hacia ella.

Tambien la mujer, según el Derecho Visigodo, tenia potestad en coparticipación con el marido, sobre los hijos, teniendo la madre el derecho de corrección, y al faltar el padre, la potestad la ejercia ella sola, perdiendola solo en caso de segundas nupcias. (9)

En lo relativo al patrimonio, el hijo tenia la capacidad sobre él, pero el padre tenia tambien la potestad sobre lo relativo a los bienes del hijo y podia tomarlos en su administración y aprovechamiento.

En cuánto a su termino, la potestad paterna finalizaba al separarse el hijo de la casa paterna.

Al evolucionar este ordenamiento juridico y recibir influencia del cristianismo, se suprimen o modifican algunas facultades del padre, como por ejemplo el derecho de exposición y el derecho de disponer el matrimonio de las hijas se modificó, quedando en un derecho de consentimiento que tenia el padre.

(9) ZEUMER, Karl. Historia Legislación Visigoda. Barcelona España, 1944. p. 328.

También se aplicó la doctrina de los peculios al patrimonio del hijo, y la patria potestad se extinguía cuando el hijo entraba en una relación de servicios y la institución fue un poder temporal, que finalizaba al independizarse el hijo. (10)

(10) CASTAN VAZQUEZ, José María. *La Patria Potestad*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid España. 1960. p.25

2.2 Legislaci3n Francesa.

De todas las Instituciones del Derecho Civil, pocas 3 tal vez ninguna, han sufrido las profundas modificaciones que a trav3s de su evoluci3n hist3rica.

Las Instituciones familiares del mundo, reguladas en sus inicios, principalmente por el Derecho Pretorio y el Derecho G3rmanico, sufrieron posteriormente la influencia sucesiva del Derecho Can3nico y del C3digo de Napole3n; Habiendose reflejado la de 3ste 3ltimo, en forma tan importante en muchas Legislaciones Europeas y Americanas, que releg3 en el caso particular nuestro, a la legislaci3n espa1ola que nos trajeron los conquistadores, el que a su vez habia desplazado a nuestro Derecho Indigena.

La patria potestad en Francia como en Roma, en su principio, era ejercida por el padre sobre sus hijos y su mujer sin limite de edad en lo referente a los primeros, pero a raz de la revoluci3n en 1792, se suprimi3 esa potestad sobre los mayores, quedando s3lo para los hijos menores.

Es interesante observar como el capitulo de la patria potestad, en el C3digo Civil Franc3s, empieza con un articulo igual al que inicia en nuestro derecho positivo, ese mismo capitulo, lo cual no es de extra1arse ya que nuestro ordenamiento judicial deriva y fue inspirado en este C3digo de Napole3n.

Asi vemos que el articulo 371 dicta: "Los hijos en cualquier edad deben honrar y respetar a sus ascendientes".(11)

(11) PETTIS CODES DALLOZ. Code Civil. Cinquante sixieme Edition. Paris, Francia 1957. p. 193

Los artículos 372 y 373 nos hablan de las personas que ejercen la patria potestad. El primero nos dice; que el hijo permanece bajo la autoridad de sus padres hasta que sea mayor de edad o se emancipe.(12)

"Esta atribución casi es nominal en lo que se refiere a la madre mientras dure el matrimonio. En efecto, aunque esta potestad es común a ambos padres, es delegada en una manera exclusiva al padre". (13)

El segundo de los preceptos establece; que el padre solo ejerce esta autoridad durante el matrimonio y dentro de él, y ese poder paterno solo pasa a la madre en los casos de disolución matrimonial, por divorcio a causa de culpabilidad del mismo, y desde luego por la muerte del padre.

En todos los casos de pérdida de la patria potestad, la facultad de ejercerla no pasa a la madre de inmediato como consecuencia lógica, sino que un tribunal lo debe de declarar y puede inclusive negarle todos los derechos y abrir la tutela legítima.

En los casos de ausencia o incapacidad, la madre actúa en Representación del marido, ya que el precepto legal dice: "La vigilancia de los menores se transmite a la madre y que ésta ejercita todos los derechos del marido" (14)

El Código de Napoleón solo se ocupa de la patria potestad dentro del matrimonio, ya que se establece para los padres legítimos y a los naturales sólo

(12) *Idem.*

(13) PLANIOL Y RIPERT. *Compendio Derecho Civil Francés.* Editorial José Cajica. Puebla, 1968. p.255

(14) PETTIS CODES DALLONZ. *Op. Cit.* 195.

les daba ciertos derechos especificados. Es hasta la ley de 1907 que les reconoce concretamente la patria potestad a los padres naturales, otorgándoles las mismas facultades que los legítimos, con algunas excepciones; siendo una de las principales la que equipara la autoridad materna con la paterna, lo cual difiere de la legítima que como ya observamos casi absoluta al padre.

El artículo 383 establece; Que la patria potestad sobre un hijo natural reconocido es ejercida en principio por aquél de sus padres que lo haya reconocido en primer lugar, éste por lo general es la madre.(15)

Si el hijo ha sido reconocido simultáneamente por la madre y el padre, solo este ejerce la autoridad paterna, siendo el único caso en que se establece la preponderancia del padre. Por último, dice que a la muerte del padre a quien corresponde la patria potestad, se opera una transmisión legal si el conyuge superstite es legalmente reconocido, encontrándose este investido de ella de pleno derecho.

"De una manera general se puede decir que la patria potestad no se transmite a los ascendientes del segundo grado, a la defunción del último de los padres. Sin embargo, la ley concede un doble derecho que sólo puede explicarse por la idea de una potestad natural, existente en su favor sobre la persona de sus ascendientes":(16)

1º.- Los ascendientes poseen siempre, aunque no tengan tutela, el derecho de consentir en el matrimonio de sus descendientes.

(15) *Ibid.* p. 197.

(16) *Idem.*

2º.- La tutela les pertenece de derecho, salvo que el último de los padres al morir los haya despojado de ella; pero las facultades que se transmiten así son las de tutor y no las de un padre.

Pasando ahora a examinar los derechos y obligaciones de los padres en esta materia, tenemos que los principales son los siguientes:

La Educación del Menor.- El cuidado de dirigir la educación del hijo, de normar su conducta, de formar su carácter, es parte esencial de la misión que los padres deben satisfacer para lo cual se le conceden dos facultades para el mejor desarrollo de esa obligación:

- a).- El Derecho de Guarda, que implica el derecho de vigilancia.
- b).- El Derecho de Corrección.

El artículo 374 dice: "El hijo no puede abandonar la casa paterna sin que lo permita el padre". Esto es lo que es el derecho de guarda, y es de toda evidencia que el padre lo necesita para que pueda cumplir su deber de educación.(17)

Si el hijo abandona la casa paterna sin permiso de su padre, éste puede dirigirse a la autoridad pública para volver a traerlo, en caso necesario empleando la fuerza.

La guarda de los hijos no sólo es un derecho para los padres, sino que al mismo tiempo es para ellos una carga u obligación, ya que inclusive se considera

(17) Ibid. p. 194.

como delito el abandono de infante.

Por lo que se refiere al derecho de corrección, este derecho nunca ha sido definido ni reglamentado de una manera precisa por el Legislador francés, siendo las costumbres las únicas que regulan el ejercicio de esta facultad, aunque actualmente nuevas leyes han tratado de evitar lo más posible este poder de corrección, protegiendo cada vez más al menor, en este sentido inclusive puede hasta perderse la patria potestad por exceso de corrección o malos tratos que haya comprometido la salud del hijo.

La ley otorga al padre tres fórmulas como medio de acción de este derecho:

1º.- La posibilidad de colocar al hijo como aprendiz, celebrando el padre dicho contrato de representación de su sometido. Este punto no lo vemos contrario a los intereses del menor.

2º.- La posibilidad de despojarlo de una parte de sus bienes hereditarios. Debemos tener en cuenta que en este derecho francés, el hijo tiene derecho por la ley, derecho a una porción del caudal hereditario del padre ya que no puede desheredarlo totalmente; en lo que si hay divergencia con nuestra Legislación Positiva, en la que se establece la libertad absoluta de testar, salvando desde luego, los derechos alimenticios para los menores e incapacitados.

3º.- Este punto si es interesante para un análisis jurídico; es el que se refiere a la facultad que tiene el padre de mandar, detener, o más bien dicho encarcelar al hijo durante un lapso más o menos prolongado. Artículos 375 al 383.

Este procedimiento existe en Francia desde tiempos inmemorables y autoriza al padre a solicitar la intervención de la autoridad, para que por medio de encarcelamiento corrija a su hijo y le sirva de castigo y temor para normar su conducta.

Pueden pedir la aplicación de este derecho, tanto el padre natural como el legítimo y la madre, sólo en el caso, de que ella sea la que ejercite la patria potestad, es decir a falta de padre.

El requerimiento del padre para el encarcelamiento del menor puede ser de dos maneras: en forma de autoridad y en forma de solicitud. La primera es cuando al dar su resolución a la autoridad competente, ésta es ejercida sin más trámite de dicha autoridad; y la segunda, es cuando la autoridad estudia el caso presentado por el padre, y determina después si da lugar a dicha detención o si es improcedente.

Lo malo de esta disposición es que la primera forma enunciada sólo se aplica en los casos referentes a menores de quince años, en cambio se utiliza la segunda forma cuando se trata de mayores de esa edad.

Por lo que se deja al menor sin ninguna protección por parte de la autoridad competente, aún cuando debía tenerse en cuenta que en esa edad el menor necesita de cariño y comprensión de parte de los padres, así como del calor del hogar, dejándolo solo a voluntad del padre, el cual puede actuar arbitrariamente, repercutiendo sin duda esa actitud en la formación del carácter del menor, pues le producirá efectos psicológicos en su vida adulta, pues la práctica

lo ha experimentando ampliamente, comprobando que en esos centros en lugar de educar y regenerar sirven para atemorizar, endurecer el carácter y encubrir odios en los que tienen la desgracia de caer en ellos, ya que su fin es castigar como imposición de una pena.

Por otra parte pone en el padre un arma contra el hijo lo que es injusto, y propicia a que los padres se despojen de su responsabilidad paternal y de su obligación de educar a los hijos.

El artículo 376 nos dice; Que la duración de la detención del menor de 15 años no excederá a que los padres se despojen de la responsabilidad, ya que la pena es de un mes, y el artículo 377 fija como máximo el de seis meses para la detención de los mayores de esa edad.(18)

La disposición contenida en el artículo 379 nos acaba de aclarar, la situación al dictar que los preceptos antes enunciados pueden ser abreviados o suspendidos cuando el padre juzgue que su hijo ha sido "suficientemente castigado".

La técnica jurídica moderna establece que ni los delincuentes deben ser encarcelados para ser castigados por sus crímenes y delitos, sino que deben entenderse la pérdida de la libertad o sea de la reclusión, no como venganza de la sociedad hacia el individuo de conducta delictiva, sino que debe considerarse como un medio para lograr la rehabilitación del inadaptado social al seno de la colectividad.

(18) *Ibid.* p. 195.

Ahora bien, tratándose de un niño o un joven, es obvio decir que resulta contraproducente, anticuado e injusto la aplicación de ese procedimiento. Por lo tanto, se considera que esta parte del Derecho Francés, es equivocada y no está de acuerdo con el adelanto actual de esta Institución en otros países, verbi gracia, del nuestro.

"Principalmente por ser una medida ineficaz; las razones por la que se decreta la detención generalmente no son actos delictuosos, sino vicios del carácter, de las malas costumbres, pereza, insubordinación, libertinaje, lo que no se corrige con una detención de algunas semanas... en la práctica frecuentemente se termina en una promiscuidad detestable, de manera que la detención corrompe a quienes se ha pretendido corregir". (19)

La segunda obligación impuesta al padre no tiene mayor trascendencia, ya que se trata de una disposición comunmente aceptada por todas las legislaciones y es la referente al sostenimiento de los hijos.

El artículo 385 dicta que los padres están obligados a pagar la alimentación, mantenimiento y educación de sus hijos.

Lo único importante que podemos deducir de esta precepto, es que tratándose de otorgar facultades y derechos sólo son conferidos al padre, ya que él es el único que ejerce la patria potestad; pero tratándose de obligaciones si alude recíprocamente al padre y a la madre, y también es interesante ver que a la muerte de los padres los herederos de éstos, aun cuando se trata de los ascendien-

(19) Planol y Ripert. Op. Cit. p. 270.

tes de los propios padres, no tienen obligación de dar alimentos a los menores.

Otra modalidad de esta obligación es, que si el hijo tiene bienes propios de su acervo particular, se deben tomar los gastos que origine su sostenimiento de su mismo patrimonio, ya que solo los padres solo los costearan en caso de que el menor no tenga con que pagarselos.

Sim embargo, esa carga de dar alimentos a los menores en caso de no ser cumplida voluntariamente, puede ser exigible judicialmente, igual que nuestra legislación.

El artículo 384 le da derecho a los padres a recibir los frutos de los bienes de los hijos pero con la atribución que tienen ellos de costear la educación y el mantenimiento de los menores. Además establece este precepto que no tienen obligación los padres de rendir cuentas de su usufructo.(20)

Lógicamente con este derecho, solo al padre corresponde tal facultad y sólo en substitución de él podrá la madre disponer de esos frutos.

El usufructo legal recaè sobre todos los bienes del hijo sea cualquiera el origen de su procedencia y principalmente las providencias de los adquiridos por herencia de uno de los padres que en caso de provenir del padre, se le otorgará el usufructo a la madre; no obstante la Ley establece casos en los cuales unos bienes no entran a este usufructo paternal:

(20) Ibid. p. 198.

a).- Cuando los bienes son adquiridos por el trabajo propio del hijo.

b).- Por bienes donados o legados con la condición expresa del donador de excluir a los padres de esos bienes.

Para finalizar vemos que cuando ha concluido la educación y labor de los padres hacia el hijo, entonces debe para culminar con su obligación, establecer al hijo, ya sea por medio del matrimonio o bien como su nombre lo indica, ponerle algún negocio o industria para que pueda fincar las bases de su propio patrimonio.

2.3 Legislación Española.

España recibió la herencia Romana y la refleja en las Partidas, donde como en su modelo, la Patria Potestad era atribución viril, absoluta y perpetua en poder del padre. El Fuero Juzgo de acentuada influencia Goda, en una de sus leyes, prohíbe a los padres vender, donar o empeñar a los hijos. Este Fuero Juzgo es el más antiguo de los Códigos Españoles, y contiene muy escasas disposiciones acerca del tema que examinamos. Institula que a la muerte del padre, la patria potestad pasaba a la madre, hasta que los hijos hubieran cumplido 15 años, siempre que ella quisiera y no pasara a contraer segundas nupcias, en cuyo caso y habiendo otro hijo de una edad de veinte a treinta años, a él debía pasar la guarda de los menores; si tal hermano no existía o no reunía los requisitos estipulados, la tutela se encomendaba al tío más cercano o al hijo de éste, ordenando el Juez, en caso de no existir éstos, designar a cualquier persona que a su juicio estuviere capacitada para ejercerla.

Por lo que se refiere a los bienes del menor, establecía este cuerpo normativo, que no podían gastarse sus frutos y solo podían disponer del diez por ciento de estos productos.

En las Leyes de las Siete Partidas nos encontramos con una reacción contraria a la seguida por el Fuero Juzgo, ya que este sistema jurídico, volvemos a los principios del Derecho romano, en donde el poder doméstico se encuentra representado en los derechos concedidos al padre de familia, soberano absoluto, en el hogar, de sus hijos y de sus bienes, extendiéndose su dominio aún en los más remotos descendientes, con tal que sean legítimos.

Sin embargo, tenían un sentido más humano que las leyes romanas; así encontramos que en una partida se ordena que: "El castigamiento debe ser con mesura y con piedad", y otra expresa: "El padre tiene derecho en demandar en juicio y tomar a su poder al hijo que anduviese por su voluntad vagando por la tierra, no queriendo obedecerle". Ya entrando al análisis del Código Civil Español, de fecha 24 de julio de 1989, nos encontramos con los siguientes postulados:

Artículo 154.- "El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan, y de atribuirles respeto, reverencia siempre.

Los hijos naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre o de la madre que los reconoce y adopta, y tienen la misma obligación del párrafo anterior".(21)

En la primera parte de este precepto observamos que se le concede a la madre la potestad que antes se le negaba, y en la actualidad sólo en contadas y avanzadas legislaciones se le confiere, aunque en esta ley se le otorga sólo en defecto del padre, pensamiento que fue avalado por diversas ejecutorias, como la del 13 de diciembre de 1909 que resolvió: "El Derecho de patria potestad aún reservado exclusivamente al padre, nunca ha excluido, de nuestro derecho patrio y foral, la autoridad de la madre, con relación a sus hijos para ejercer todos aquellos actos conducentes a los fines de familia, relativos a la educación y representación de los hijos para cuando hayan de gobernarse por sí mismos..."Pero más adelante

(21) Legislación Civil Española. Código Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1965. p. 119.

dice: "La facultad de sustituir pupilarmente a un impuber, deriva del concepto de patria potestad, engendradora de especiales derechos, y no puede ser ejercida simultaneamente por ambos conyuges; no consiguiientemente por la mujer cuando el padre la retiene". (22)

Por lo tanto, lo que quiere explicar esta legislación es que a la madre corresponde solo cuando muere el padre o por cualquier motivo no puede ser ejercida por él. Y aún en caso de faltar el padre, si la madre es menor de edad, no podrá entrar en el ejercicio de la misma ya que en ese caso corresponde tal facultad al padre de ella.

Otra innovación de esta ley, la encontramos en el sentido de que considera ya en sus preceptos a los hijos naturales otorgándoles ciertas facultades que inclusive en un principio no tenían derecho a estar sujetos a la patria potestad del padre.

"En las legislaciones anteriores sólo estan sometidos a la patria potestad los hijos legítimos, los legitimados por subsiguiente y los adoptivos. La Reforma llevada a cabo por el Código Civil al conceder los beneficios de la patria potestad a los hijos naturales ha sido, en general, favorablemente juzgada por los comentaristas. Sin embargo, Buron, la considera como perturbadora del orden de la familia legítima, creyendo probablemente que la paz desaparezca desde el momento en que entre a compartir sus ventajas un hijo natural en unión de los legítimos, viviendo y gozando de los mismos derechos que éstos".

(22) JOSE MARIA, Manresa. Comentarios Código Civil Español. Editorial Reus. Madrid, 1965. p.12

Por lo tanto el actual ordenamiento jurídico si bien ha avanzado mucho en esta materia, todavía no ha logrado llegar al nivel nuestro, que reconoce los mismos derechos a los hijos sea cualquiera su origen, ya sean naturales o legítimos.

Artículo 155.- El padre y en su defecto la madre tienen, respecto de sus hijos no emancipados:

Primero.- El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instituirlos con arreglo a su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que pudieran redundar en su provecho.

Segundo.- La facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente.

Aquí nuevamente nos encontramos con el precepto "el padre y en su defecto la madre", que analizamos en el artículo anterior, y tratándose aquí de un deber en el primer párrafo y no de un derecho, parece que este ordenamiento quiso nivelar perfectamente las facultades de la madre con sus obligaciones que también sólo serán en defecto del padre.

La alimentación de los hijos y el tenerlos en su compañía, la corrección y castigo en el hogar doméstico, la percepción de los frutos, son comunes al padre y a la madre.

La preferencia del padre se manifiesta en la representación legal de los hijos. Esto es lo que quiere decir la ley: Que el padre asume por completo la personalidad jurídica de los hijos sin compartirla con la madre.

Artículo 156.- "El padre y en su caso la madre, podrán importar el auxilio de la Autoridad Gubernativa, que deberá serles prestados, en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aún para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en Institutos legalmente autorizados que los recibieren.

Asimismo podrán reclamar la intervención del Juez Municipal, para imponer a sus hijos un mes de detención en el establecimiento correccional determinado al efecto bastando la orden del padre o madre, con el visto bueno del Juez para que la detención se realice"(23).

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores comprende a los hijos legítimos, legitimados, naturales, reconocidos ó adoptivos.

La misma doctrina española no ha estado muy de acuerdo en aceptar este postulado, habiendo afirmado que este precepto dará resultados contraproducentes; además dicho ordenamiento no establece la edad mínima en que pueda mandarse a un menor a algún centro correccional, como si lo hace el francés.

Como complemento de los artículos antes mencionados, se expidió con fecha

(23) Legislación Civil Española. Op. Cit. p. 119

12 de mayo de 1981 una real orden que en lo conducente a la letra dice: " 1º. La corrección que con arreglo al artículo 156 del Código Civil impongan los padres a los hijos...2º. la cumplirán éstos, mientras no exista establecimiento destinado al efecto, en algunos de beneficencia que sea destinado al objeto, como hospicio, casa de misericordia u otro semejante...3º. Solo en el caso que no hubiere edificio donde colocar al menor de cuya corrección se trate, en la forma y manera que se determina en los dos párrafos anteriores, o cuando expresamente el padre ó la madre pidieren la detención, tenga lugar en la CARCEL O ESTABLECIMIENTO CORRECCIONAL DONDE ENCIERRAN JOVENES CRIMINALES se detendrá en él al hijo discolo con la separación posible, sin que sea filiado en el libro de detenidos..."(24)

En conclusión, observamos, que al hijo que sólo se trata de educar se le mezclará con delincuentes ya consumados sin ponerse a pensar que al concluir su encarcelamiento, saldrá con hábitos delictuosos aprendidos en estos centros correccionales represivos. Para finalizar con esta parte del tema que nos ocupa, vemos que el último de los preceptos de la misma infiere:

Artículo 158.- " Los padres podrán levantar el castigo cuando lo crean conveniente".(25) De lo que se desprende de lo anterior, le confieren al padre no sólo atribuciones correccionales y educacionales, sino también jurisdiccionales al darle el carácter de Juez ya que le dejan a su libre arbitrio, la duración de la pena impuesta al menor, sin fijar un límite.

(24) JOSE MA. Manresa. Comentarios Código Civil Español. Editorial Reus. Madrid España, 1965. p.12

(25) Legislación Civil Española. Op. Cit. 122.

Pasando al capítulo tercero de este ordenamiento que es el concerniente a las relaciones paterno filiales con referencia a los bienes del menor, lo examinaremos brevemente.

El derecho y la obligación de administrar el patrimonio de los hijos es una consecuencia natural y lógica de la patria potestad, establecida en casi todas las legislaciones, pues existe la presunción de que nadie cuidará de los bienes del menor, con más celo y solicitud que los propios padres.

Artículo 159.- El padre o en su defecto la madre son administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad.(26)

En el precepto anterior, advertimos lo ya antes comentado en el sentido de que la madre sólo interviene en el ejercicio de la patria potestad a falta del padre, quien al existir absorbe todas las facultades inherentes a su cargo.

Artículo 160.- Los bienes que el hijo emancipado haya adquirido o adquiera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en su usufructo al padre o a la madre que le tengan en su potestad y compañía; pero si el hijo con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos a dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración.(27)

Artículo 161.- Pertenecen a los padres en propiedad y usufructo lo que el

(26) Idem.

(27) Idem.

hijo adquiera con caudal de los mismos. Pero si los padres cedieren expresamente el todo ò parte de las ganancias que obtenga, no le seràn a èstos imputables en la herencia.(28)

Artículo 162.- Corresponderàn en propiedad y en usufructo al hijo no emancipado los bienes o rentas donados o legados para los gastos de su educaciòn e instrucciòn; pero tendrà su administraciòn el padre o la madre, si en la donaciòn o en el legado no se hubiere dispuesto otra cosa, en cuyo caso se cumplirà estrictamente la voluntad de los donantes.(29)

Artículo 164.- El padre o la madre en su caso, no podràn enajenar los bienes del hijo ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorizaciòn del Juez.(30)

Los restantes postulados jurisdiccionales, son casi análogos a los de nuestra legislaciòn positiva, que ya analizaremos en su parte correspondiente. Para terminar analizaremos lo conducente a la extinciòn de la patria potestad, conforme al Derecho Español Vigente. Artículo 167.- La Patria Potestad se acaba:

1º. Por la muerte de los padres o del hijo;

2º. Por la emancipaciòn;

3º. Por la Adopciòn del hijo. (31)

(28) *Ibid.* p. 123

(29) *Idem.*

(30) *Ibid.* p. 124.

(31) *Idem.*

En este cuerpo legal existe una disposición jurídica que pinta de cuerpo entero el atraso que tiene sobre esta materia tan delicada, por tratarse de los hijos menores, y ni la doctrina ha podido definir plenamente su sentido jurídico, por lo que existe una laguna en ella; ya que dispone que si un menor va a estudiar para sacerdote, no debe estar bajo la patria potestad de su padre, sino bajo la patria potestad DE LA ORDEN A QUE PERTENEZCA, sin embargo han resuelto que el ejercicio de la patria potestad no es que se extinga sino que sólo que se suspende su ejercicio.

Artículo 168.- La madre que pase a segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos a no ser que el difunto marido, padre de éstos, hubiere previsto expresamente en su testamento que su viuda contrajera matrimonio, y ordenado que tal caso conservase y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos.(32)

Este precepto si es integramente original, aunque algunos códigos modernos, pero no tan atrasados, siguen esta teoría; por ejemplo el de Uruguay, en su artículo 294 más o menos sigue el precepto anterior; en cambio el Alemán si resuelve este problema acertadamente, ya que diferencia entre el segundo matrimonio del padre al de la madre, expresando que la madre pierde la patria potestad al contraer nuevo matrimonio, conservando únicamente el derecho y el deber de cuidar de la persona de los hijos sin representarlos.

En caso de divorcio dentro de esta legislación el Código Civil en su artículo 73 establece lo siguiente:

(32) Idem.

"La ejecutoria de Separación producirá los siguientes efectos:

1.- La Separación de los Cónyuges.

2.- Quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables, el Juez discrecionalmente, podrá proveer de tutor a los hijos.

Esto no obstante, si al juzgarse sobre la separación no se hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los hijos menores de siete años.

A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dió origen a la separación no afectare a la formación moral de los hijos.

La privación de la patria potestad y de sus derechos no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones respecto de sus hijos."(33)

Con este postulado terminamos con el estudio del sistema jurisdiccional español, que como ya lo hemos expresado, es de los más atrasados en su especie, resultando inaceptable y anacrónico para el desenvolvimiento actual por el que atraviesa el pensamiento jurídico de nuestros tiempos, en la materia que nos ocupa.

(33) *Ibid.* pp 64, 65

2.4 Legislación Italiana

El Jurista Italiano Francesco Messineo nos dice: "La patria potestad es un conjunto de poderes, (a los que corresponden 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 de sus intereses patrimoniales, en consideración a la falta de madurez psíquica dependiente de su edad) y de su consiguiente incapacidad de obrar". (34)

Son poderes de duración temporal, en cuanto cesan, en cuanto al hijo haya alcanzado la mayor edad o cuando el hijo haya sido emancipado.

La patria potestad que se ejerce sobre el hijo legítimo (menor), es pues, un medio para que pueda llevarse a cabo el oficio encomendado a los progenitores (carácter oficioso de la patria potestad) en protección del hijo, acerca de algunos deberes de los progenitores, respecto de los hijos, no reconducibles a la patria potestad.

En cambio, en cuanto se le considera fuera de las relaciones familiares, o sea en las relaciones externas, la patria potestad es un derecho subjetivo.

La patria potestad es colectiva e indivisiblemente atribuida a ambos progenitores (comunidad de poderes), pero la ejercitaba solamente el padre, como jefe de la familia; la madre, sólo en casos excepcionales (artículos 316 y 317) pero en tales casos, no en representación del padre sino por propio derecho.

(34) MESSUINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas. Europa. Argentina, 1979. p. 136.

Por lo tanto, cuando la patria potestad ejercida por el padre, la madre esta privada de todo ejercicio de poder y los eventuales actos de ésta, ni vinculan al menor no favorecen ni por lo tanto puede concebirse conflicto con los actos realizados por el padre.

En el caso del matrimonio putativo, la patria potestad corresponde al progenitor de buena fe; por consiguiente, eventualmente a la madre, si el cónyuge de mala fe es el padre; si ambos progenitores son de buena fe, corresponde, como de ordinario, al padre.

Si los hijos son mas de uno, la patria potestad no asume el carácter de poder múltiple (o acumulativo). Debe considerarse que se tienen tantas potestades de cuantos son los hijos, o sea una suma de poderes de contenido idéntico pero distintos, se argumenta así a base del hecho de que, en caso de conflicto de intereses entre un hijo y otro, hay que proceder a nombramiento de curador especial (artículo 320) así como del hecho de que la potestad del padre cesa, en relación en cada uno de los hijos que alcance la mayor edad, o sea emancipado, mientras subsista sobre los otros o sobre el otro.

La patria potestad se realiza, con alguna interferencia por parte del Juez tutelar (artículos 320, 321, 337) y del tribunal (artículos 320 y 321), en diversas direcciones que afectan a la persona y a los bienes del hijo menor.

El padre tiene derecho a reclamar al hijo a la casa paterna, o a aquella que se le este destinada si, cualquier motivo, la ha abandonado sin su permiso (artículo 318); y de colocarlo con autorización del Presidente del Tribunal de Menores, en un instituto de corrección, sino consigue frenar su mala conducta,

salvo la posibilidad diversa del internamiento del menor en casa de reeducación para menores que tiene lugar previo decreto del Tribunal de Menores.

El progenitor dispone de medios de corrección, respecto del hijo menor, pero no puede abusar de ellos sin incurrir en delito.

El progenitor que ejerce la patria potestad, tiene la representación legal de sus hijos nacidos, y también de los por no nacer, en todos los actos civiles.

En realidad, el poder del progenitor va más allá del estrecho ámbito de la representación. (declarar en nombre y de ordinario y por cuenta del menor) por cuanto se extiende también a la dirección (o conducción) de los negocios del hijo, según una distinción a la que en su lugar se hizo referencia. Lo que implica un poder de liberación que el mero representante no tiene necesariamente.

El progenitor que ejerce la patria potestad tiene también usufructo legal sobre los bienes del hijo (del cual quiere de manera que a él hayan llegado), durante el ejercicio de la patria potestad; tal usufructo no podrá, pues, durar después de la cesación de la patria potestad, y no puede cesar también antes (artículo 328).

La razón de ser usufructo legal es de naturaleza patrimonial: es una ayuda al progenitor, al que incumbe la carga de los gastos de manutención y educación del hijo, con independencia del hecho de que éste tenga un patrimonio propio. Sin embargo, razones de naturaleza personal (pasar el progenitor que ejerce la patria

potestad a nuevas nupcias) prevalecen sobre la razón de orden patrimonial y hacen cesar, aun antes del término normal, el usufructo legal, privando así a aquel progenitor de la ventaja patrimonial conexas.

La patria potestad cesa por efecto de haberse alcanzado la mayor edad o de haberse obtenido la emancipación por parte del hijo (artículo 316).

Con la cesación de la patria potestad, cesa también el usufructo legal.

Si son varios los hijos, la cesación de la patria potestad, y del usufructo legal, tiene lugar gradualmente, al cumplir la mayor edad u obtener la emancipación, cada uno de los hijos.

La cesación de la patria potestad no exime al hijo de la observancia de los deberes a que se refiere el artículo 315.

Cuando por muerte del padre la patria potestad vaya (derecho) a la madre, el padre puede, en previsión de ello imponer (por testamento acto público o escritura privada auténtica) a la madre condiciones para la educación de los hijos y para la administración de los bienes: pero de la observancia de ellas la madre puede ser dispensada por el tribunal de menores.

Un curador de la persona por nacer puede nombrarse (a instancia de cualquier que tenga interés en ello, o del Ministerio Público) por el Tribunal ordinario si, a la muerte la mujer se encuentra en cinta; el curador (curator ventris) provee a la protección de la persona por nacer (persona futura) y, si es necesario,

a la administración de los bienes (de los derechos patrimoniales) del mismo, hasta el nacimiento.

Las nuevas nupcias de la madre que ejerce la patria potestad, que se celebren sin que se haya dado previa noticia de ello al tribunal de menores, para que éste pueda deliberar si le conserva la administración de los bienes del menor, o bien establecer las condiciones respecto de dicha administración y educación del hijo, importan pérdida (de pleno derecho) de la administración; y el nuevo marido es responsable solidariamente de la administración ejercida en el pasado y de la que después se ha conservado indebidamente.

Si se ha celebrado matrimonio como se ha indicado, el tribunal de menores (a instancia del ministerio público, o de los parientes, o de oficio), cuando no crea conveniente admitir de nuevo a la madre en la administración de los bienes del menor, delibera sobre las condiciones que deben observarse para la educación del hijo y en orden al nombramiento de un curador para los bienes.

Si a la madre que ha pasado a segundas nupcias se le mantiene en la administración de los bienes de los hijos, o se le vuelve admitir a ella, el nuevo marido se hace responsable con ella en lo que se refiere a la administración, por cuanto se le considera asociada a ella (Artículo 341). (35)

Ya pasando a analizar directamente la Legislación Italiana Vigente, encontramos en el Código Civil los siguientes preceptos:

(35) MESSUINEO, Francesco. Op. Cit. p. 143.

Artículo 315.- El hijo, de cualquier edad que sea, debe honrar y respetar a los padres.

Precepto análogo al de nuestra Legislación.

Artículo 316.- El hijo esta sujeto a la potestad de los padres hasta la mayor edad o hasta la emancipación. Esta potestad es ejercida por el padre. Después de la muerte del padre y en los otros casos establecidos por la ley, es ejercida por la madre.

Artículo 317.- En el caso de encontrarse lejos o de otro impedimento que haga imposible al padre el ejercicio de la patria potestad, ésta es ejercida por la madre.

Como podemos observar, éstos dos artículos de la legislación que nos ocupa, si difieren de nuestro derecho positivo, ya que categóricamente establecen que la patria potestad es ejercida exclusivamente por el padre y solamente a falta de éste le dan la intervención a la madre, lo que no acontece en nuestro derecho, que es ejercida conjuntamente.

Artículo 318.- El hijo no puede abandonar la casa paterna o aquella que el padre ha destinado. Cuando se aleje de ella sin permiso, el padre puede reclamarlo recurriendo si es necesario, al juez tutelar.

Artículo 319.- El padre que no consigue sujetar la mala conducta del hijo puede, salvo la aplicación de las normas contenidas en las leyes especiales,

colocarlo en un instituto de corrección, con la autorización del Presidente del Tribunal.

La autorización puede ser pedida aún verbalmente. El presidente del tribunal, con asumidas informaciones, provee por decreto sin formalidades de actas y sin declarar los motivos.

Artículo 320.- El padre representa a los hijos nacidos y por nacer en todos los actos civiles y administra sus bienes.

Sin embargo, no puede enajenar, hipotecar, dar en prenda los bienes del hijo, renunciar herencias, aceptar donaciones o legados sujetos a cargas o condiciones, pedir divisiones, contratar en nombre prestamos, locaciones por más de nueve años o ejecutar otros actos que exceden los límites de la ordinaria administración ni transar o promover juicios relativos a tales actos, sino por necesidad o utilidad evidente del mismo hijo y con la autorización del juez tutelar.

Los capitales no pueden ser cobrados sin autorización del juez tutelar, el cual determina su empleo.

El ejercicio de una empresa comercial no puede ser continuado si no con la autorización del tribunal, previo dictamen del juez tutelar. Este puede permitir el ejercicio provisional de la empresa hasta que el tribunal haya deliberado sobre la instancia.

Si surge conflicto de intereses entre hijos sujetos a la patria potestad o entre ellos o los padres, el juez tutelar nombra a los hijos un curador especial.

Artículo 321.- "Si el padre no puede o no quiere aceptar las herencias diferidas a los hijos nacidos o por nacer y las donaciones hechas a los mismos, las herencias y las donaciones no pueden ser aceptadas, previa autorización del juez tutelar, por la madre o por cualquier ascendiente.

Cuando falte la aceptación de la madre o del ascendiente el tribunal a pedido del mismo hijo o de alguno de los parientes o aún a instancias del Ministerio Público, puede aceptar la autorización, después de haber nombrado un curador especial y de haber oído al padre".(36)

Artículo 328.- "El usufructo legal cesa cuando el progenitor contrae nuevas nupcias".(37)

Artículo 337.- "El juez tutelar debe vigilar la observancia de las condiciones que el tribunal haya establecido para el ejercicio de la patria potestad y para la administración de los bienes".(38)

Artículo 338.- "El padre puede por testamento, por acto público o por documento privado autenticado, establecer condiciones a la madre superviviente para la educación de los hijos y para la administración de los bienes.

(36) FRANCHI-FEROCCI-FERRARI. Codice Civile. Editore Ulrico Hoepli. Milano, Italia. p.62

(37) *Idem*.

(38) *Ibid.* p. 63

La madre que no quiera aceptar las condiciones puede pedir ser dispensada de la observancia de ellas; y en tribunal proveè en camara de consejo, asumir las informaciones y oido el Ministerio Pùblico, y, si es posible, los parientes hasta tercer grado".(39)

Articulo 339.- "Si a la muerte del marido y la mujer se encuentra en cinta, el tribunal, a instancia de cualquiera que tenga interès en ello o el ministerio pùblico, puede nombrar un curador para la protecciòn del hijo por nacer, y si es necesario, para la administraciòn de sus bienes".(40)

Articulo 340.- "La madre que quiere contraer nuevas nupcias debe comunicarlo al tribunal antes que sea celebrado el matrimonio. El tribunal asumidas las informaciones del caso y oido al ministerio pùblico, resuelve si la administraciòn de los bienes puede serle conservada, o bien establece condiciones para dicha administraciòn y para la educaciòn de los hijos.

En caso de inobservancia de la disposiciòn anterior, la madre pierde de derecho la administraciòn y el marido es responsable solidariamente de la administraciòn ejercida en el pasado y de la conservada luego indebidamente.

El tribunal a instancia del Ministerio Pùblico o de los parientes o aùn de oficio cuàndo no considere conveniente readmitir que la madre en la administraciòn de los bienes, resuelve las condiciones a observar para la educaciòn de los hijos y el nombramiento de un curador a sus bienes.

(39) Ibid. p. 64

(40) Idem.

El oficial del estado civil que celebra o transcribe el matrimonio de la viuda, debe informar al procurador de la República dentro de los diez días desde la celebración o desde la transcripción"(41).

Artículo 341.- "Cuando la madre es mantenida en la administración de los bienes o readmitida en ella, el marido se entiende siempre asociado a ella en dicha administración y se vuelve responsable solidariamente". (42)

(41) *Ibid.* p.64.

(42) *Idem.*

2.5 Legislación Mexicana

En nuestra legislación se ha inspirado en las más amplias ideas en lo que corresponde a la institución de la patria potestad sobre las personas que integran la familia, en cuanto a los menores sometidos a ella; así nos damos cuenta que los padres principalmente llevan a cabo el cumplimiento de los derechos y obligaciones que conjuntamente con los hijos para procurar el bien común entre ellos.

Ignacio Galindo Garfias, nos da el concepto de la institución de la patria potestad diciendonos; La patria potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos hábidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil). (43)

En México ha evolucionado esta institución de la patria potestad ya que es básica en el seno familiar; así podemos afirmar, que en las antiguas legislaciones, surgía legalmente sólo dentro de la familia legítima, y no se establecía respecto de los hijos naturales; en cambio en nuestra legislación la patria potestad nace precisamente de las relaciones paterno-filial.

De esta manera nuestra legislación se ha preocupado para que de una

(43) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa. México, 1994. p. 689.

manera esmerada se lleve a cabo el buen cumplimiento de los derechos y obligaciones que los padres deben de ejercer para proteger y cuidar a los hijos y la ineludible obligación de criarlos y educarlos.

El Código Civil de 1928, vigente en el Distrito Federal, establece; que el ejercicio de la patria potestad, compete conjuntamente al padre y a la madre en primer lugar; a falta de ambos, la patria potestad será ejercida por el abuelo y la abuela paternos o por el abuelo o abuela maternos, según lo determine el juez.

Aun cuando la ley le confiere a los padres estos derechos y obligaciones, nuestra ley no establece una división de poderes y facultades que deban ejercer en forma separada; sino que las cargas, los deberes y las facultades que imponga la patria potestad deben ser cumplidos conjuntamente por los progenitores indistintamente

También en nuestro sistema legislativo establece la igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio; y por lo que se refiere a la patria potestad el derecho civil mexicano, adopta un sistema en que se coordina el interés de la familia, la unidad del matrimonio y los principios de orden público que atañen a la educación y formación de la prole. (44)

Así mismo, podemos mencionar entre otras cosas que la patria potestad por su naturaleza; es irrenunciable, intransferible por la voluntad de quien la ejerce e imprescriptible. Así lo establece el artículo 448 del Código Civil Vigente en el Distrito Federal que a la letra dice: " La patria potestad no es renunciable, pero

(44) Idem.

aquellos a quienes corresponda ejercerla, pueden excusarse: I. Cuando tengan sesenta años cumplidos; II. Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.

La patria potestad se ejerce a la vez sobre la persona y los bienes del hijo, la ley impone a los que la ejercen, la obligación de suministrar alimentos a los hijos y educarlos en forma correcta, y el derecho de corregirlos mesuradamente.

Por lo que se refiere a los bienes del menor adquirido por su trabajo corresponden íntegramente al hijo, y quienes ejercen la patria potestad tienen la administración de los bienes y el derecho de percibir el 50% del usufructo de los bienes del hijo.

Finalmente, nos damos cuenta que el espíritu de nuestros legisladores desde remotos tiempos en México, se esforzaron por que la institución de la patria potestad, se ejerciera conjuntamente por el padre y la madre, sin precisar de una forma personal quien primeramente lleve a cabo este derecho, para el cuidado y educación de los menores sometidos.

CAPITULO III

DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN
DE LA PATRIA POTESTAD**3.1 Diferentes conceptos de la Institución de la Patria Potestad.**

Para iniciar con este tema, debemos anotar los diferentes conceptos fundamentales que los prestigiados juristas de reconocimiento mundial le han dado a esta Institución de la patria potestad, para de ahí partir al estudio de la analítica del tema.

Veamos algunas de las principales definiciones, iniciando por la clásica francesa de Marcel Planiol, quien expresa: " Que es el conjunto de derechos y facultades que concede la ley al padre o a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras éstos son menores, para permitirles el cumplimiento de su obligación como tales". (45)

Bonnecase Julien nos dice: En el sentido amplio del vocablo, es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio al padre y a la madre, parcialmente a los hijos menores considerados tanto en sus personas como en sus patrimonios". (46)

(45) PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial José Ma. Cajica Jr. Puebla México 1946. Tomo II. p. 231.

(46) BONNECASE, Julien. Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Editorial José Ma. Cajica Jr. Puebla México. 1962 p. 427.

Josserand: La define como: "El conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumban respecto a su sostenimiento y educación" (47)

Para el maestro Rafael de Pina es: "El conjunto de facultades que suponen también deberes, conferidos a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardar en la medida necesaria". (48)

El Maestro Ignacio Galindo Garfias la define así: "La patria potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; 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 establecida legalmente la filiación". (49)

Para Edgard Baqueiro Rosas y Rosalia Buenrostro Baez, la definen así: "La patria potestad se considerará como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se equipara a una función pública, de aquí por patria potestad debemos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones

(47) BONET RAMON, Fco. Derecho Civil y Foral. Tomo II. Editorial Reus. Madrid España, 1940. p. 363.

(48) DE PINA, Rafael. Elementos Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1956. p. 375.

(49) GALINDO GARFIAS. Op. Cit. p. 689.

conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo". (50)

Para Antonio de Ibarrola la define; "Como una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad". (51)

De esta manera tomaremos como base fundamental de las citadas concepciones de la institución de la patria potestad el estudio que nos ocupa para diferenciar en el siguiente capítulo como se ejercitan los derechos y obligaciones con respecto a los sometidos a la paternidad de los padres.

Como ya dejamos asentado, la patria potestad se origina como todas las instituciones jurídicas en Roma, en donde nació como el poder supremo del padre de familia, *pater familia*, con la suma de facultades y derechos absolutos sobre las personas que la ejercían. Pero en la actualidad constatamos que esa institución ha cambiado radicalmente, pues ya no es un poder absoluto y tampoco es ejercitado en exclusiva por el padre sino por ambos progenitores.

(50) BAQUEIROS ROSAS, Edgard y BUENOSTRO BAEZ, Rosalia. *Derecho de Familia y Sucesiones*. Editorial Harla. UNAM. México, 1990. p. 227.

(51) DE IBARROLA, Antonio. *Derecho de Familia*. UNAM. Editorial Porrúa. México, 1993. p. 441.

3.2 Distinción entre derecho y obligación de la patria potestad a fin de demostrar cuándo empieza una y cuándo termina la otra.

Primeramente, debemos distinguir los conceptos fundamentales entre derecho y obligación para de ahí partir con nuestra analítica del tema central que nos ocupa esta institución de la patria potestad tan básica en la familia como en la sociedad.

Y diremos que etimológicamente la palabra "derecho" toma su origen de la voz latina *directum* o de la palabra *regere*, expresa la idea de algo que es dirigido y que por lo tanto está sometido a una fuerza rectora, a un mandato. La voz latina *jus*, con la que se designa en Roma el concepto de derecho, no es sino una contracción de *Jussum*, participio del verbo *jubere* que significa mandar.

Desde dos puntos de vista, este prestigiado jurista define el derecho así:

El concepto debe ser considerado desde el punto de vista de la orden o mandato general y abstracto que contiene la regla jurídica (derecho objetivo); y desde el punto de vista de las facultades y deberes que en forma particular y concreta atribuye el precepto a determinada persona, a quien le está permitida y garantizada la realización de ciertos actos (derecho subjetivo).

Por lo que respecta al concepto de "obligación", la define el Maestro Eugène Gaudemet de esta manera: Es un vínculo jurídico por el que una persona está sujeta, respecto de otra, a una prestación, un hecho o una abstención. (52)

(52) GAUDEMET, Eugène. *Teoría General de las Obligaciones*. Editorial Porrúa. México, 1984. p.25

De lo que se desprende de ambos conceptos anteriores, que todo derecho nace una obligación; así diremos que los padres tienen la obligación de educar y sostener a sus hijos, así como también el derecho de mandar en sus personas, tanto de corregirlos y guiarlos por el buen camino para que de esta manera tengan una formación hasta que alcancen la mayoría de edad.

Una de las principales facultades que deben ejercer los padres sobre sus hijos es el derecho a la educación, ya que podremos decir que este derecho inicia desde el momento de la concepción del niño; así vemos que la patria potestad impone el derecho a educar y la obligación a los padres de infundirles a sus hijos valores morales.

También los padres tienen el derecho sobre los hijos, de asumir en un sentido amplio la manera de educarlos convenientemente y transmitirle todo lo que favorezca a los intereses de éstos.

Otro derecho que podremos nombrar, es el derecho natural que tienen los padres sobre sus hijos y el buen trato que deben llevar en forma conjunta con la obligación de alimentarlos, cuidarlos y educarlos.

De lo anterior, podemos decir que es fundamental para el niño sometido a la patria potestad, que la educación y la instrucción en su desenvolvimiento personal será básico y decisivo para su vida futura.

El Derecho de los padres a aplicar correctivos, esto es, que los padres tienen el derecho de castigar a sus hijos para que no burles su autoridad, siempre y cuando apliquen castigos severos y sin gravedad.

Todo abuso que se genere por el exceso de corrección por parte de los padres, ocasionara que intervenga el Agente del Ministerio Público.

Al respecto el Maestro Antonio de Ibarrola nos dice: "La palabra corrección nos llegó del latín *correctio*. Es reprensión o censura de un delito, falta o defecto; acción y efecto de corregir o de enmendar lo errado y defectuoso. Insiste en que los padres tienen el derecho de corregir y castigar moderadamente a sus hijos legítimos, legitimados, naturales, reconocidos y adoptivos, en tanto no estén emancipados, y autoriza aquellos para que, en apoyo de su potestad, pidan auxilio a la autoridad gubernativa, que deberá otorgarlo".(53)

El papel de los padres en la educación y corrección de los hijos deben de asumirla con gran serenidad y mesura para crearles a sus menores un mejor desarrollo intelectual dentro de la esfera social en la que se vayan a desenvolver.

Cabe mencionar que el derecho que tienen los padres sobre el usufructo de sus hijos, es en esencia una obligación mientras éstos estén sometidos a la potestad paterna, función que tendrán que llevar a cabo para salvaguardar los intereses tanto del hijo como de sus progenitores.

Otra de las facultades que tendrán los padres sobre sus menores hijos que aún estén sometidos a la patria potestad, éstos serán legítimos representantes y administradores de sus bienes que les pertenezcan, tal y como lo establece el artículo 425 del Código Civil.

(53) DE IBARROLA. Op. Cit. p. 452.

Finalmente, la representación que tienen los padres sobre los hijos sometidos a la patria potestad, tendrán la facultad de representarlos en juicio, y en caso de llegar a un convenio, lo consultará con su consorte y con la autorización del juez familiar en caso de que así se requiera.

3.3 Derecho a la Alimentación.

Para tener una definición mas completa acerca de los alimentos, tomaremos la que nos dà nuestro Còdigo Civil en su artículo 308 que a la letra dice: "Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Sabemos que por sentido natural y humano, existe entre los padres y los hijos una obligación alimentaria reciproca, que en todo tiempo, modo y lugar son irrenunciables.

Asumiendo la responsabilidad los padres de dar alimentos a los menores sometidos a la patria potestad, al efecto el artículo 301 establece al respecto: " La Obligación de dar alimentos es reciproca. El que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos".

La obligación alimentaria respecto de hijos que se encuentren dentro de la patria potestad, el artículo 303 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 próximos en grado".

La obligación alimentaria respecto de los padres, el artículo 304 al efecto dice: "Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres. A falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado".

Los hijos adoptivos que se encuentren sometidos a la patria potestad del adoptante, tienen la misma obligación de darse alimentos, esto es como si fuere igual de padre a hijo.

En caso de divorcio voluntario o necesario, los padres tienen la obligación de proporcionar a los hijos alimentos y garantizarlos de acuerdo a la ley.

El artículo 317 al respecto establece: "El aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualesquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del juez".

La garantía alimentaria por quienes ejerzan la patria potestad, el artículo 319 establece: " En los casos en que los que ejerzan la patria potestad gocen de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad, y si ésta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzan la patria potestad".

Podemos destacar que dentro de este tema es primordialmente la protección del derecho de recibir alimentos,; y cuyo precepto en su artículo 321 nos dice: "El derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción".

Finalmente podemos decir que tanto los que ejercen la patria potestad como los que se encuentran sometidos a ella, tienen de igual manera la obligación y el derecho de proporcionarse los alimentos recíprocamente.

3.4 Derechos y obligaciones de los que ejercen la patria potestad en relación con los bienes del menor.

Por lo que concierne a la representación de los menores con referencia a los bienes de éstos, hay que distinguir entre los actos de administración y los de dominio. En relación con los primeros, por regla general tienen plenitud de facultades, salvo el caso de que se trate de bienes donados o legados con la condición de que no sean administrados por los que ejercen la patria potestad; de los que el menor pueda administrar por sí mismo y de los supuestos de incompatibilidad entre los intereses de los padres y los hijos, que suelen resolver las legislaciones, por medio de un curador especial, de un defensor o de un tutor, como la Mexicana.

Actos de Dominio.- En relación con los actos de dominio la legislación Mexicana ejerce una vigilancia adecuada por conducto del juez de lo familiar, tomando las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó y el resto se invierta en un bien inmueble o se imponga en segura hipoteca en favor del menor. Y dicho precio de la venta será depositado en una Institución Bancaria, y las personas que ejercen la patria potestad no podrán disponer de él, sin autorización judicial.

Nuestra legislación prohíbe en forma general los actos de dominio a los padres que ejercen la patria potestad y les permite sólo en casos de justificada utilidad y comprobada necesidad, siendo indispensable la autorización de la autoridad competente.

Nuestro Còdigo Civil, utiliza un sistema enunciativo y minucioso, así vemos que en el artículo 436 consigna que los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningùn 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 autorizaciòn del juez familiar con apoyo en los artículos 916 y 917 del Còdigo de Procedimientos Civiles.

Tampoco permite celebrar contratos de arrendamiento por mas de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años ni vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se cotize en la plaza el dia de la venta; hacer donaciòn de los bienes de los hijos, o remisiòn voluntaria de los derechos de èstos, ni dar fianza en su representaciòn.

Artículo 437 del Còdigo Civil, adopta medidas de garantia y protecciòn para el hijo, que encomienda el juez, cuando concede licencia para enajenar los bienes de aquèl, a los padres que ejercen la patria potestad, a fin de que el efectivo de la venta se dedique al objeto a que se destinò y el resto se invierta en la adquisiciòn de un inmueble, o se imponga en segura hipoteca en favor del menor.

La garantia es insuficiente, porque se reduce a los casos de venta u otra enajenaciòn y no habla para nada de las cantidades que se obtenga mediante gravàmenes, impuestos sobre bienes de los hijos menores, y tampoco estimamos certera la medida de que el importe de la enajenaciòn se invierta necesariamente

en inmuebles o hipotecas, ya que en la actualidad hay inversiones más fáciles y seguras que el arbitrio judicial puede garantizar sobradamente.

Aun reconociendo el esfuerzo de Nuestro Código Civil en la enumeración detallada que consignamos anteriormente, por comprender todos los actos o contratos en que es preciso proteger el interés de los menores, mediante la autorización judicial, nos inclinamos a estimar preferible una fórmula más genérica y amplia que puede comprender todos los supuestos imposibles de albergar en una casuística expuesta a omisiones y deficiencias.

Usufructo.- El usufructo que se deriva del Derecho Romano, es admitido, como principal derecho concedido a los padres en función del ejercicio de la patria potestad.

Reglamenta, nuestra legislación en sus artículos 429 y 430 del Código Civil un sistema que sirve de norma y que consiste en exceptuar del usufructo legal, los bienes que adquiera el menor, mediante su trabajo o industria, si viven separados de los padres; y los que sean donados, legados, o adquiridos por herencia con la expresa condición de que no los usufructúen los padres.

Consigna el artículo 438 del Código Civil, expresamente: El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:

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

II. Por la pérdida de la patria potestad.

III. Por renuncia.

El Código Civil que rige en el Distrito Federal, que es el modelo de todos los Códigos Civiles de los treinta y un Estados que integran nuestra República, reglamenta el derecho de usufructo que tienen los padres que ejercen la patria potestad, sobre los bienes de los hijos menores, pero los clasifica en dos grupos para fijar excepciones, a saber:

a).- Bienes que adquiera el menor por su trabajo.

b).- Bienes que adquiera por cualquier otro título.

Los bienes de la primera clase pertenecen al hijo en propiedad, administración y usufructo, excluyendo por lo tanto cualquier derecho del padre.

Respecto a los bienes del segundo grupo, sólo reconoce a los padres la mitad del usufructo y la administración.

El usufructo común lleva consigo la obligación de alimentos y educación de los hijos y esta sujeto a las obligaciones propias del mismo, sin excluir la de formar inventario, aunque si la de prestar fianza, que solo se exigira cuando los que ejerzan la patria potestad, hayan sido declarados en quiebra o esten concursados contraigan nuevas nupcias, o cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

Por último este Código establece que el usufructo legal es renunciable, y que se extingue por la emancipación o la mayor edad de los hijos, por la pérdida de la patria potestad, o por la renuncia que hemos expresado.

Nuestro Código Civil es el que más restringe el derecho de usufructo conferido por todas las legislaciones a los padres respecto de los bienes de los menores, pues como hemos visto, solo reconoce la mitad de este derecho y en relación con bienes que no adquiriera el menor con su trabajo. Es de observarse la forma general en que conceptúa la adquisición de bienes por parte del hijo menor, al estipular en sentido amplio los mismos. No hace una relación restringida especial de la clase de trabajo, como las demás legislaciones.

Según acabamos de ver, el usufructo legal inherente a la patria potestad, tiene muchas analogías con el común, pero, de acuerdo con el sentir muestra notorias diferencias.

El efecto extintivo del usufructo legal puede producirse por la disolución del matrimonio de los padres. Cuando el sobreviviente que continúa en el ejercicio de la patria potestad no formula inventario, que muchas legislaciones exigen como garantía de los derechos de los hijos y cuando cumplen la mayoría de edad o se emancipan los menores de edad.

En cuanto a la administración pertenecientes a los hijos constituidos en la patria potestad, puede decirse que todas las legislaciones la encomiendan al padre y a la madre que ejerzan aquella.

Nuestro Código Civil, ya hemos visto que consigna que quienes ejercen la patria potestad son los padres, los abuelos y los adoptantes. Este cuerpo legal establece que los que ejercen la patria potestad tienen la administración de los bienes, pero el administrador será el varón, quien consultara en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para todos los actos más importantes dejando al arbitrio del juez calificar cuales negocios son los más convenientes.

En cuanto a los bienes del hijo, hemos visto como se dividen o clasifican en dos clases: los que adquiere por su trabajo y los que adquiere por cualquier otro título. Los de primera clase son los bienes que pertenecen al hijo, la propiedad, la administración y el usufructo. En cuanto a los segundos, pertenece al hijo, la propiedad y la mitad de sus frutos, administración y la otra mitad corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad.

Sin embargo y a pesar de esta rigida clasificación reconoce y consigna que los bienes adquiridos por el hijo en beneficio de herencia, legado o donación, y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo y la administración pertenezca al hijo o que los bienes se destinen a un fin determinado, se estará a la voluntad del benefactor.

Nuestra legislación faculta a los jueces para tomar las medidas necesarias, con el fin de impedir que por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, y por ende la administración, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan, estas medidas se adoptarán a instancias de las personas interesadas, del mismo menor cuando haya cumplido los catorce años, o del Ministerio

Público en todo caso. El término de "personas interesadas" que usa, nos parece más técnico y más práctico, pues tiene la flexibilidad suficiente que el juez debe apreciar, y lo consideramos preferible a las limitaciones por grado de parentesco que otras legislaciones establecen.

Establece la obligación de dar cuentas de los bienes de los hijos, absteniéndose de expresar si esta cuenta a de ser periódica o anual como la de los tutores, o solamente la final que éstos también están obligados a rendir. En nuestro criterio que esta rendición de cuentas se refiere tanto a la final, como a cualquier eventual que exijan las autoridades competentes.

Finalmente obliga a los padres administradores a entregar los bienes a sus hijos, cuando éstos se emancipen o llegen a la mayoría de edad.

3.5 De las personas sometidas y del ejercicio de la patria potestad.

Al abordar el estudio de este punto, debemos formular una distinción respecto de las personas que ejercen la patria potestad, con relación de los menores sometidos a ella, siendo necesario establecer si son hijos legítimos o matrimoniales, o ilegítimos o extramatrimoniales o finalmente si son adoptivos.

Como consecuencia de esas trascendentales distinciones será preciso para considerar ordenadamente la materia, dividir este capítulo en secciones dedicadas respectivamente al examen de las personas llamadas legalmente al ejercicio de la patria potestad en los presupuestos de menores legítimos o matrimoniales, de hijos ilegítimos o extramatrimoniales y de adoptivos.

Los matrimoniales o legítimos.- conserva restos de la antigua concepción de la patria potestad, atribuyendo al padre el ejercicio de casi todos los múltiples derechos que integran la institución que nos ocupa.

De otro lado y de manera más general, la madre está facultada para ejercer un control sobre el uso que el padre hace de sus prerrogativas, y ésta puede dirigirse a los tribunales para obtener la privación de la potestad del padre, o las medidas adecuadas para salvaguardar los intereses de los hijos.

Este criterio lo ha reafirmado, del artículo 426, cuyo texto quedó como sigue:

"Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y la madre, o por el abuelo o 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".

Hijos nacidos fuera del matrimonio.- Nuestro Código Civil otorga también a los padres que han reconocido y dispone lo siguiente en su artículo 415: " Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad".

Si ambos padres hubiesen hecho conjuntamente el reconocimiento y no viviesen juntos, convendrán, cuál de los dos la ejercerá, en caso de que no lo hicieren, el Juez de Primera Instancia de lo Familiar, oyendo al padre y al Ministerio Público, decidirá lo que creyese más conveniente a los intereses del menor.

Si el reconocimiento se hubiese efectuado sucesivamente por los padres que no vivan juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiese reconocido, salvo que conviniesen otra cosa los padres, y siempre que el Juez de Primera Instancia del lugar no creyese necesario modificar el convenio por causa grave, previa audiencia de los interesados y del Ministerio Público. Así lo disponen los artículos 380 y 381, en relación con la fracción II del artículo 415 del Código Civil.

"Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y la madre, o por el abuelo o 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".

Hijos nacidos fuera del matrimonio.- Nuestro Código Civil otorga también a los padres que han reconocido y dispone lo siguiente en su artículo 415: " Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad".

Si ambos padres hubiesen hecho conjuntamente el reconocimiento y no viviesen juntos, convendrán, cuál de los dos la ejercerá, en caso de que no lo hicieren, el Juez de Primera Instancia de lo Familiar, oyendo al padre y al Ministerio Público, decidirá lo que creyese más conveniente a los intereses del menor.

Si el reconocimiento se hubiese efectuado sucesivamente por los padres que no vivan juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiese reconocido, salvo que conviniesen otra cosa los padres, y siempre que el Juez de Primera Instancia del lugar no creyese necesario modificar el convenio por causa grave, previa audiencia de los interesados y del Ministerio Público. Así lo disponen los artículos 380 y 381, en relación con la fracción II del artículo 415 del Código Civil.

En el artículo 417 del Código que nos ocupa, resuelve el problema de la separación de los padres que hayan vivido juntos y reconocido al hijo, en el sentido en que en común acuerdo designarán a quien corresponde el ejercicio y en caso de desacuerdo, el que designe el Juez de Primera instancia, tomando en cuenta siempre el interés del menor.

Por último, el artículo 418 establece que: 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.

También es digno de elogio el sistema seguido por este ordenamiento, que regula cuidadosamente la materia que se estudia en atención a los intereses del hijo, tomando en cuenta las diferentes situaciones que pueden presentarse.

Los Hijos Adoptivos.- Nuestra Legislación concede al adoptante el ejercicio de la patria potestad con todos los derechos y obligaciones inherentes a ella, sin hacer distinción alguna.

Ejercicio de la Patria Potestad

Facultades y obligaciones en cuanto a las personas que ejercen la custodia sobre los menores. Las relaciones de tipo personal existentes entre los padres e hijos y derivadas de la patria potestad, encontramos un conjunto de derechos y deberes que son los siguientes:

- a). Obligación recíproca de darse alimentos.
- b). Cuidado y custodia.
- c). Educación e instrucción.
- d). Corrección.
- e). Representación

a).- Obligación recíproca de darse alimentos.- Nuestra Legislación establece en sus artículos 303 y 304 lo concerniente a esta obligación de dar alimentos ya que así lo dispone la ley, y diremos:

Artículo 303.- 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 próximos en grado.

Artículo 304.- Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres. A falta o por imposibilidad de los hijos lo están los descendientes más próximos en grado.

b).- Cuidado y Custodia.- Nuestra Legislación establece este principio de que, mientras que el hijo es menor de edad no puede abandonar el hogar paterno, sin permiso de los padres a quienes deberá respetar y honrar siempre.

El artículo 421 del Código Civil nos dice; 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.

c).- Educación e Instrucción.- Respecto a la obligación que tienen los padres de educar y proporcionarle los medios para una instrucción, nuestra legislación establece en su artículo 422 A las personas que tengan al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas de que se trata no cumplen esa obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

d).- Corrección.- En cuanto a las facultades atribuidas a los padres para la corrección de los hijos menores bajo su potestad, nuestro Código Civil en el artículo 423 consigna; Para los efectos del artículo anterior, los que ejercen 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.

e).- Representación.- Otra de las facultades propias de la patria potestad en cuanto afecta a las relaciones personales entre los padres e hijos, es la referente a la representación que aquellos han de tener, para ser valer los derechos y proteger los intereses de éstos. Así como también la representación legal que puedan tener ambos padres para representar a los hijos ante cualquier autoridad que así lo requiera.

Todas las Legislaciones están acordes en otorgar el derecho de representación, a los padres que ejercen la patria potestad, estableciendo que

cuando los intereses de los padres sean opuestos a los de los hijos sometidos a ella, se les nombrará un curador o tutor.

Nuestro Código Civil, atribuye también a los que ejercen la potestad, que ya sabemos son los padres conjuntamente y aún los abuelos a falta de aquellos. En su artículo 427 expresa; Que la persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

Nuestro Código consigna en su artículo 440; En todos los casos en que las personas ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

3.6 En caso de disolución del matrimonio quienes ejercen este derecho.

Ahora examinaremos las indicaciones que respecto al divorcio de los progenitores, exige nuestro derecho positivo, con referencia a los menores sometidos a la patria potestad.

La situación de los menores cuando los padres se divorcian, en cuanto a su cuidado, educación, representación y aseguramiento de su sustento, es un grave problema que aún no ha logrado ser resuelto satisfactoriamente por las distintas legislaciones del mundo; y eso sin tomar en cuenta los trastornos psíquicos que indudablemente dejaron huella en la mente del niño, y que se verá reflejada en el transcurso de su existencia, influyendo en una forma decisiva en la formación de su carácter y en la conducta que adopte y proyecte en su vida de relación. Notamos que en muchos casos lo convierte en un inadaptado, producto de una conducta antisocial que al llegar a la mayoría de edad lo puede empujar a seguir una vida delictiva.

Por regla general se toma en cuenta para dictar las medidas necesarias, la inocencia y culpabilidad de los cónyuges, así como la edad de los menores y el sexo de los mismos. (Artículo 282 y 288 del Código Civil Vigente). Para decidir de esta manera el futuro de los hijos.

Nuestra legislación vigente, al legislar sobre este espinoso asunto, tomo en cuenta no sólo los principios tantas veces anunciados, sino que también diferenciò si se trataba de un divorcio necesario por mutuo consentimiento o a caso de una nulidad del matrimonio.

a). Nulidad del Matrimonio.

Tratándose de esta última forma de disolución del vínculo matrimonial, el Código Civil Mexicano determina que el tratarse de nulidad de matrimonio, deben tomarse en cuenta varias hipótesis:

- * Debe atenderse a la buena o mala fe del causante de la nulidad.
- * Si no existiere mala fe de ninguno de los cónyuges.
- * La edad de los menores.
- * El sexo de los hijos.

Por lo tanto en su parte correspondiente a las disposiciones de la nulidad del matrimonio, se dispone lo siguiente:

Artículo 255.- El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubiere separado los consortes, o desde su separación en caso contrario.

Artículo 256.- Si ha habido buena fe de parte de uno sólo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.

Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Artículo 259.- Luego que la sentencia sobre nulidad 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 260.- El juez en todo tiempo, podrá modificar la determinación a que se refiere el artículo anterior, atento a las nuevas circunstancias y a lo dispuesto en los artículos 422, 423 y 444 fracción III.

Estableciendo los artículos antes citados en forma general;

- a).- Educación de los hijos.
- b).- La facultad de corregir a los hijos
- c).- Y por costumbres depravadas de los padres, la pérdida de la patria potestad.

b).- Divorcio Necesario.

En cuanto a que se trate de un divorcio necesario, nuestra ley positiva, sólo toma en cuenta el postulado de inocencia o culpabilidad de los padres, declarada judicialmente para resolver la suerte de los menores.

Para tal fin se debe tener previamente en cuenta, el motivo o causa que originó el divorcio, para poder declarar al cónyuge culpable, y así mismo fijar lo conducente acerca de los hijos.

El artículo 267 nos señala las causas del divorcio, primeramente nos dice cuáles son las que pueden motivar el ejercicio de la acción de divorcio y las que en términos generales darán la pauta para decidir la suerte de los hijos.

Artículo 267. Son causales de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III. La propuesta del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;
- IV. La incitación y la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia de su corrupción;
- VI. Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevengan después de celebrado el matrimonio;
- VII. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;
- VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

IX. La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;

X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia;

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento y así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;

XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

XV. El hábito de juego o de embriaguez o el uso indebido o persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII. El mutuo consentimiento;

XVIII La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

Atento a lo anterior, se determina en términos del artículo 283 lo concerniente a la situación jurídica de los hijos de la siguiente manera:

Artículo 283.-La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las mas amplias facultades 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 necesario para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor.

Artículo 284.- Antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

El juez podrá modificar esta decisión atento a lo dispuesto en los artículos 422, 423 y 444 fracción III.

Artículo 285.- El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

c).- Divorcio Voluntario.

Para finalizar debemos tomar en cuenta que tratandose de un divorcio voluntario o sea por mutuo consentimiento de ambos cónyuges, en donde al ejercitarse la acción jurídica correspondiente, no existe demandante ni demandado y por lo mismo no habra declaración de inculpabilidad o culpabilidad en su caso para los cónyuges, se atendera, respecto de los hijos, exclusivamente al convenio formulado por los interesados que hayan presentado al promover su demanda de divorcio, y en la misma se haya obtenido la debida aprobación por parte del juzgador, con la anuencia expresa del ciudadano Agente del Ministerio Público, quien en todo momento tiene la responsabilidad de vigilar por salvaguardar los intereses en la persona de los menores.

3.7 Derechos y Obligaciones que tendrá el menor sometido a la patria potestad.

Así como los padres que ejercen la patria potestad sobre sus hijos, con la responsabilidad de facultades y obligaciones que cumplir, al igual los hijos adquieren recíprocamente deberes y obligaciones que cumplir mientras éstos se encuentren bajo la autoridad paterna y materna de sus progenitores.

Los menores de edad respecto de los que ejercen la patria potestad, tienen el deber de respetar y obedecer, auxiliar y convivir con sus padres.

Nuestro Código Civil en su artículo 411 establece lo siguiente:

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

Esto es, que durante los hijos menores de edad se encuentren bajo la patria potestad de sus padres, deberán de honrar y respetar a sus demás ascendientes, tal y como lo prescribe el numeral antes citado.

También podemos afirmar, que para que los hijos lleven a cabo éstos deberes y obligaciones, debe de predominar en ellos, la moralidad y educación en la que se desenvuelven a nivel familiar. Llevando a cabo estos principios que los padres pongan de buen ejemplo en sus menores hijos las buenas costumbres, se desarrollarán en un ambiente sano, llevando a cabo así el buen desempeño de la patria potestad, tanto como padres como sus menores hijos.

De lo anterior, podemos clasificar el deber de los hijos de la siguiente manera:

- a).- El deber de respeto y obediencia hacia sus padres.
- b).- El deber de atención y socorro.
- c).- El deber de convivencia.

Los hijos tienen la obligación mientras se encuentren sometidos a la patria potestad, no podrán éstos abandonar la casa de sus padres; Al respecto el artículo 421 del Código Civil, nos dice:

"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".

Finalmente, el artículo 424 de la ley citada, establece otro deber que los hijos deben de llevar a cabo, y que a la letra dice:

"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".

El derecho que tendrán los hijos sometidos a la patria potestad, es la obligación de que sus padres les proporcionen alimentos principalmente para su subsistencia de vida, reclamar de los padres la educación y proporcionarles un ambiente agradable.

De todo lo que hemos observado en este capítulo, con respecto a los deberes y obligaciones que tendrán los menores hijos sujetos a la patria potestad de sus padres, podemos concluir diciendo; que el bien jurídico protegido de esta institución, "son a los menores de edad", para que no se les afecte en su desarrollo futuro.

3.8 La madre soltera menor de edad sometida aún a la patria potestad, tendrá las mismas facultades y obligaciones para ejercer este derecho de sus menores hijos.

Este tema no se encuentra planteado en nuestra legislación de que si la mujer menor de edad, "es madre ", no emancipada, podrá ejercer la patria potestad sobre sus propios hijos. La naturaleza parece, en principio, como todas las progenitoras, desempeñen la función; pero el hecho de que la menor de edad madre soltera está sometida a patria potestad. Cabe reflexionar lo siguiente:

¿Como puede, en efecto, ejercer las funciones de alimentación, educación, representación y en general protección de un menor, quien a su vez necesita ser alimentada, educada, representada y protegida por sus propios padres?

Es de destacar de lo anterior, que la menor de edad "madre soltera", ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres.

Cabe mencionar que no por el hecho de haber engendrado una mujer un hijo, se convierte en madre soltera menor de edad, ésta aún no por ese simple suceso se emancipa, ya que no cuenta con la edad que se requiere en la institución jurídica de la emancipación.

Los derechos y obligaciones que le competen a la madre soltera menor de edad respecto de su menor hijo, tendrá ésta las facultades y obligaciones para desempeñar el ejercicio de la patria potestad, bajo la vigilancia de los padres que ejercen la potestad sobre la hija aún sometida, ya que debido a su minoridad e

inexperiencia serán sus padres quienes tengan la facultad de ejercer sobre ellos el pleno y absoluto ejercicio de la patria potestad.

Por lo que se refiere a la figura jurídica de la emancipación, la madre soltera aún sometida a la patria potestad de sus progenitores, no se emancipa, ya que la única forma de alcanzar la emancipación siendo menor de edad, es producida por el matrimonio, previo el consentimiento de los padres.

Este derecho de ejercer la patria potestad, podrá la madre y su menor hijo al alcanzar la edad que se requiere para la emancipación, la cual será libre y disponer de su persona y administrar sus bienes con las restricciones de ley.

Conforme al artículo 643 del Código Civil, que fundamenta las limitaciones a los derechos de los emancipados, y que a la letra dice;

"El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

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

II.- De un tutor para negocios judiciales."

Finalmente, podemos agregar que la madre soltera menor de edad, si podrá ejercer sobre su menor hijo, los derechos y obligaciones que le competen, y al desarrollarse ambos y vayan adquiriendo el uso de la razón y de sus voluntades,

los padres y abuelos, respectivamente, quienes los representen en todos los actos jurídicos como administrativos, hasta que alcance la madre mayoría de edad y pueda ejercer sobre su descendiente el ejercicio pleno de la patria potestad.

3.9 ¿Por incapacidad del padre quienes ejercen este derecho?

La incapacidad del padre para ejercer la patria potestad sobre sus menores hijos, debe de declararse la suspensión por declaración judicial, tal y como lo previene el artículo 447 del Código Civil y que a la letra dice:

"La patria potestad se suspende:

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

La falta de capacidad del padre para ejercer la patria potestad sobre sus menores hijos, debe ser substituida de inmediato por la madre capaz de llevar la dirección y manejo de la familia.

La madre estará facultada para ejercitar los derechos y facultades del padre incapaz, en nombre y beneficio de sus menores hijos, tal y como lo venia desempeñando conjuntamente con éste.

Dentro de los límites señalados por la ley, designa a las personas capaces que son llamadas en lugar del padre incapaz, tal y como lo establece el artículo 414 del Código Civil, llamando primeramente a la madre, y a falta de ésta, los abuelos paternos y finalmente los maternos.

De esta manera la madre tendrá todas las facultades y obligaciones en cuanto respecta a sus hijos, mientras dure la incapacidad del padre, dandoles la debida proteccion y educacion a la que esta obligada.

3.10 Que autoridades estan facultadas para proteger a los menores en caso de que no se cumplan los deberes y obligaciones del ejercicio de la patria potestad.

Las autoridades competentes vigilarán el estricto cumplimiento de los deberes y obligaciones que los padres que ejercen la patria potestad de sus menores hijos, dándoles la educación necesaria y elemental, y de observar una conducta que le sirva de buen ejemplo a éstos para desarrollarse plenamente.

Nuestro Código Civil al respecto señala en su artículo 422:

"A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

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

También el artículo 423 del Código Civil, nos dice:

"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".

Se prevé que los Consejos Locales de Tutela, el Ministerio Público y el Juez de lo Familiar, en su caso, vigilen el exacto cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de facultades derivadas de la patria potestad. (54)

Por ello las labores de coordinación y enlace que la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal ha establecido con el DIF, las Secretarías de Educación Pública, Salud y Desarrollo Social así como Departamento del Distrito Federal, quienes se han preocupado por proteger a los menores que se encuentran en situaciones de abandono, conflicto, daño o peligro

Así mismo, Sistema Nacional DIF opera dos casas cunas, dos casas hogar, dos internados en los que atiende integralmente a los menores que son enviados por las Procuradurías General de Justicia del Distrito Federal y General de la República.

¿Como pueden acudir a denunciar el incumplimiento de los deberes y

obligaciones del ejercicio de la patria potestad las personas interesadas? Lo podrán hacer a través de la Dirección General del Ministerio Público en lo Civil y Familiar, que depende orgánicamente de la Subprocuraduría de Control de Procesos de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Entre otras funciones de las autoridades para proteger a los menores tenemos acciones que los favorecen, así la Procuraduría General de Justicia en el Distrito Federal ha ampliado el campo de acción del Ministerio Público para pre-

(54) PEREZ DUARTE, Alicia. Derecho de Familia. Fondo de Cultura Económica. México, 1994. p. 223.

servar el principio de legalidad tutelar de manera más eficiente y los derechos relativos a la organización y desarrollo de la familia, protegiendo y garantizando los intereses de los menores y los incapacitados

La Dirección General del Ministerio Público en lo Familiar y Civil está facultada para proporcionar a los menores o incapaces la más amplia protección que en derecho proceda cuando se encuentren involucrados en aspectos o problemas con averiguaciones previas.

De la misma manera los Agentes del Ministerio Público adscritos a Juzgados, Salas Civiles y Familiares tienen instrucciones explícitas para actuar pronta y precisamente en la procuración y administración de justicia en los casos en que estén involucrados menores, en lo relativo a la familia y al estado civil de las personas.

CAPITULO IV

DISPENSA, SUSPENSIÓN, EXTINCIÓN Y PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

4.1 Cuando se dispensa el ejercicio de la patria potestad.

Al hablar de este tema por el cual las personas que aún ejerzan la patria potestad sobre sus descendientes, se puede dispensar este derecho conforme a lo establecido por el artículo 448 del Código Civil, esto es que al alcanzar los padres la edad de 60 años, y cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan desempeñar o cumplir con sus obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad.

Así de esta manera podemos obtener la dispensa de ejercer sobre los hijos la patria potestad, previa autorización del Juez de lo Familiar con la intervención del Agente del Ministerio Público, siempre y cuando los interesados así lo requieran judicialmente.

Normalmente en la práctica esta dispensa por derecho natural no se lleva a cabo, ya que por la costumbre de acuerdo a la población mexicana al llegar al límite de la edad que se requiere para ello y que por derecho propio serán los hijos quienes tomen de acuerdo a su criterio los deberes y obligaciones que en todo caso venían ejerciendo los padres esta facultad.

También se puede dispensar el ejercicio de la patria potestad por incapacidad de algunos de los progenitores, que venía ejerciendo este derecho,

dejandole la carga de deberes y obligaciones al que se encuentre pleno de salud.

4.2 Extinción de la patria potestad.

Conforme a las disposiciones legales del Código Civil Vigente en el Distrito Federal y Territorios Federales, pasaremos analizar las formas de terminación de la patria potestad.

Dentro de este tema debemos distinguir tres conceptos distintos, que son:

- a). La extinción. b). La Pérdida. c).La suspensión.

Dentro de este tema pasaremos analizar primeramente lo relativo a la extinción de la patria potestad en el Derecho Positivo Mexicano:

4.2.1

- a).- La extinción.- Nos dice al efecto el artículo 443 del Código Civil, que:

"La patria potestad se acaba:

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

III. Por la mayor edad del hijo".

Haciendo un análisis más detenido, encontraremos que dentro de la extinción hay dos clases de causas diferentes que la producen:

1° Causas Naturales.- Son aquellas en la que no interviene la voluntad del hombre y se producen en forma natural y fatidicamente; como por ejemplo, la muerte del sometido a la patria potestad o la de los padres y demás ascendientes llamados a ejercerla subsidiariamente, y por último la mayor edad alcanzada por el menor.

2° Causas Legales.- Encontramos formas de extinción establecidas por la ley con ese fin, tales como la emancipación y la adopción, aunque esta última al mismo tiempo es originadora de otra patria potestad diferente, respecto a los padres adoptivos.

Con la emancipación, se encuentra el menor en una situación intermedia entre la capacidad plena, propia del mayor de edad, y la incapacidad que afecta a los menores no emancipados.

Recordemos que por una parte la mayoría de edad según el artículo 646 de nuestro Código Civil Vigente, se alcanza a los 18 años y por la otra la edad mínima matrimonial conforme al artículo 148 sólo puede celebrarlo la mujer que haya cumplido 14 y el hombre que tenga 16 años; así, quien contraiga matrimonio antes de los 18 años queda emancipado por ese solo hecho.

4.2.2

b). La Pèrdida.- La patria potestad se puede perder para quien la ejerce, por varias causas que contempla el artículo 444, que dice: "La patria potestad se pierde:

I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pèrdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o mäs veces por delitos graves;

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

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

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

En cuanto a la pèrdida de la patria potestad existen grupos de causas que las originan:

Primeras.- Las que tienen carácter delictivo en virtud de una conducta antisocial, se hace acreedora de una sanción penal la persona que la ejercita, o sea una infracción punible que el Còdigo Penal se ve obligado a aplicar, con privación

de la libertad, sobre los padres, máxime cuando se trata de delitos como el de corrupción de los hijos y de menores en general.

Del artículo 444 en sus fracciones correspondientes, tienen su justificación en la necesidad de apartar al menor definitivamente del o de los padres cuyo contacto les es nocivo.

Considerando que esto constituye una forma legal que debiera subsanarse. Al modo de ver convendría señalar entre los delitos graves, todos aquellos que afectan directamente al menor, como son la corrupción de menores, abandono de persona, exposición de menores, etc.; también podría incluirse en este renglón los delitos cuya penalidad media fuera mayor de cinco años de prisión.

Hay que hacer la aclaración también, que en los términos del artículo 285 del Código Civil: "El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos"; lo que claramente indica que la pérdida de la patria potestad solamente se refiere a los derechos y obligaciones propias de la institución misma, y no a los que se derivan del parentesco, como es el deber de dar alimentos.

Segundas.- Tienen carácter culposo las que se producen por hechos de los que la detentan, respecto de su sometido, al violar deberes o ser incumplidos en sus obligaciones, como en el caso del exceso de corrección en lo referente a la educación del menor o en la mala disposición de los bienes del mismo, o lo que es aún más grave, en el abandono de ellos; pudiendo enmarcarse también en este

origen la pérdida por causa de divorcio, cuando es declarado culpable uno de los padres en ese juicio.

Tratándose de divorcio, el artículo 283 del Código Civil, fija las bases conforme a las cuales debe resolverse la situación de los hijos. Encontramos que en el divorcio necesario encontramos hipótesis a que se refieren las fracciones I, II, III, IV, VIII, XIV, el progenitor culpable de la disolución del vínculo, pierde la patria potestad de sus vástagos, pérdida que tiene carácter definitivo, ya que posteriormente no puede haber lugar a la recuperación. En los casos a que se refieren las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI, también el cónyuge que dió lugar al divorcio, pierde la patria potestad sobre los hijos, pero podrá recuperarla a la muerte del cónyuge inocente.

El Artículo 283 establece lo siguiente en cuanto a la situación de los hijos:

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades 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. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor.

¿ Es éste un caso de auténtica pérdida o más bien se trata de una suspensión en el ejercicio de la potestad del ascendiente?

Al modo de ver, si se trata de un caso de pèrdua, con la circunstancia de que la patria potestad puede ser readquirida siempre que se realice la condició de que el progenitor inocente muera primero que el culpable.

No obstante que el còdigo expresamente se refiere a la "recuperació" de la patria potestad, no regula el procedimiento para que ésta tenga lugar por lo que al parecer aquellà obra ipsojure.

Terceras.- Las causas imprevistas o causales, como su nombre lo indica, no se pueden preveer y se originan causisticamente, como la ausencia declarada al que la ejerce o por un motivo de incapacidad absoluta incurable, como la demencia, la que viene a ser una causa patològica que impide su ejercicio inexorablemente.

4.2.3

c). La Suspensió.- Hay suspensió en el ejercicio de la patria potestad, cuando de modo temporal el sujeto activo de la relación jurídica es privado del derecho de ejercerla.

El artículo 447 del Còdigo Civil nos dice:

La patria potestad se suspende:

1. Por incapacidad declarada judicialmente;

II. Por la ausencia declarada en forma;

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

El artículo 450 de nuestro Código Civil nos indica que:

Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad.

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

La ley suspende el ejercicio de la patria potestad a las personas incapaces, porque en estas situaciones serán inhábiles para el desempeño de sus obligaciones, como son la obligación de educar, dirección y manejo de los bienes de sus hijos, con lo cual se causarían perjuicios irreparables.

Si al padre a quien se le suspende el ejercicio de la patria potestad, ésta facultad se transmitirá a la madre, y a la falta o imposibilidad de ésta, serán los

ascendientes los que ejerzan, y a falta de éstos, se le nombrará un tutor a los menores.

Respecto a la ausencia declarada en forma, se suspende la patria potestad, porque la ausencia del padre de hecho impide su ejercicio y porque no sería justo que los hijos y sus bienes queden abandonados.

En cuanto a la sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión del ejercicio de la patria potestad, con esta disposición se faculta a los juzgadores para que usando su arbitrio, priven de aquel derecho al que lo ejerce, o modifique su ejercicio cuando existan causas graves que así lo ameriten.

También prevee la ley en caso de que la madre o la abuela, en su caso, pasen a segundas nupcias, y establece de modo expreso que tal circunstancia no las priva del derecho de ejercer la patria potestad; pero determina que el nuevo marido no podrá ejercerla respecto a los hijos de esas personas, lo cual está contenido con toda claridad en los artículos 445 y 446 del Código Civil Vigente.

Otra de las características fundamentales, de la institución que nos ocupa, es la de la irrenunciabilidad, o que es lo mismo, el que tiene la obligación de ejercerla no puede por su propio derecho renunciar a su ejercicio, lo que dejaría al menor condenado a su propia suerte, con las consecuencias naturales que le producirían, por lo que el legislador con su sentido de protección hacia el que no pidió venir a este mundo, a esta vida la convierte en irrenunciable, ya que tutela el derecho subjetivo familiar, de carácter netamente social, de orden público, que no admite su renuncia.

Y esta excepción a la irrenunciabilidad en verdad es de gran importancia y provecho para el menor, ya que una persona que esté en las condiciones enunciadas, no podrá eficientemente desarrollar las funciones inherentes a su responsabilidad, de ejercitar la potestad que se le confiere para ejercerla en beneficio del menor que le corresponda, y al excusarse, lógicamente la patria potestad recaerá en las personas llamadas por la ley a substituir al que renuncia, si los hubiere, o en otro caso se procederá a tramitar la tutela que corresponda.

CONCLUSIONES

Primera.- Los orígenes de la patria potestad los encontramos en el Derecho Romano, en donde era concebida como una Institución otorgada exclusivamente en beneficio del pater familias, concediéndole un poder absoluto sobre sus descendientes, negándoles cualquier derecho e imponiéndoles obligaciones.

Segunda.- Desde la antigua Roma, la institución de la Patria Potestad, significaba para el pater familias un cúmulo ilimitado de derechos sobre sus descendientes y las personas que integraban su familia.

Tercera.- A través de que transcurría el tiempo, la institución de la patria potestad fue evolucionando y el poder ilimitado que ejercía el pater familias fue debilitándose, otorgándose a los hijos mayor protección y derechos que nunca antes habían adquirido.

Cuarta.- Otras Legislaciones como la de Alemania, Francia, España, Italia y la de México aquí estudiadas, toman de modelo la institución de la patria potestad la cual sus orígenes son en Roma.

Quinta.- En esencia la patria potestad, recaé principalmente en los padres con los derechos y obligaciones que la ley les confiere, para que protejan y representen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad ó cuando se produzca la emancipación.

Sexta.- La patria potestad es irrenunciable para los que ejercen este derecho, sólo pueden excusarse aquellas personas que hayan cumplido sesenta

años de edad ò cuándo por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente con sus obligaciones.

Sèptima.- En cuánto a la administraciòn de los bienes, los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de sus hijos y tienen la administraciòn legal de los bienes que les pertenecen.

Octava.- En cuánto a la pèrdida de la patria potestad, tiene que buscarse en los motivos, razones, que la ley señala de porque los progenitores no cumplen con sus deberes respecto a los menores. Por ello es interesante que cuando no se cumple con la educaciòn, con la alimentaciòn, con lo que esos menores tienen derecho a recibir, se puede intentar la pèrdida de este derecho.

PROPUESTAS

UNICA.- El estudio que nuestros Legisladores realizan sobre la Institución de la patria potestad es de suma trascendencia e importancia, ya que debemos de reconocer en ellos, su preocupación en proteger y vigilar a los que desempeñan este derecho que lo realicen en forma correcta. Por ello, se deberían de realizar programas por conducto del DIF y principalmente del C. Juez del Registro Civil, ya que es el primer paso en que los padres y en forma legal le otorgan al menor el reconocimiento jurídico; de esta manera y en el momento de registrarlo se le haga saber a los progenitores los derechos y obligaciones que adquieren al procrear un hijo y esten concientes de desempeñar debidamente el ejercicio de este derecho hasta que alcancen la mayoría de edad.

Así como también que los hijos sometidos a la patria potestad sepan sus obligaciones con respecto a sus padres para que de esta manera haya armonía entre padres e hijos.

Finalmente, esta Institución de la Patria Potestad a pesar de salvaguardar los derechos de los menores y en el momento de que éstos los ejerciten, serán las autoridades quien los representen en caso de que se les afecten en sus intereses y será el C. Juez de lo Familiar y el Agente del Ministerio Público, quienes tutelen de que a los menores no se les violen sus derechos. Por lo que se deberían de llevar a cabo programas a nivel nacional tanto con el Gobierno Federal, como con la iniciativa privada en el sentido de difundir por los medios de comunicación (la radio, t.v., prensa escrita, etc.,) que los padres que ejerzan este derecho, esten obligados a cumplir con sus deberes y principalmente lo desempeñen en beneficio y sano desarrollo de sus menores hijos, ya que de esta manera se evitaría el maltrato.

BIBLIOGRAFIA

1. BAQUEIRO ROSAS, Edgard. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla UNAM. México, 1990.
2. BONNECASE, Julien. Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Editorial José María Cajica Jr. Puebla-México, 1962.
3. BONET RAMON, Francisco. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Reus. Madrid, España, 1940.
4. CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español. Editorial Reus. Madrid, España, 1936.
5. CASTAN VAZQUEZ, José María. La Patria Potestad. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España., 1960.
6. DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. UNAM. Editorial Porrúa. México, 1993.
7. DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1956.
8. DICCIONARIO de Derecho Privado. Tomo II Editorial Porrúa. México, 1962.

9. FLORIS MARGADANT, Guillermo. El Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge. Mèxico, 1960.

10. FRANCHI-FEROCCI-FERRARI. Còdice Civile. Editore Ulrico Hoepli. Milan, Italia, 1974.

11. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa. Mèxico, 1994.

12. GAUDEMET, Eugene. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa. Mèxico, 1984.

13. LEHMANN, Henrich. Derecho de Familia. Volumen IV. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1953.

14. MANRESA, José Maria. Comentarios al Còdigo Civil Español. Editorial Reus. Madrid, España, 1965.

15. MESSUINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ediciones Juridicas Europea. Argentina, 1979.

16. PEREZ DUARTE, Alicia. Derecho de Familia. Editorial Fondo de Cultura Econòmica. Mèxico, 1994.

17. PETIT, Eugen. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Època, S.A. Mèxico, 1977.

18. PETTIS CODES DALLOZ. Code Civil. Cinquante Sixieme Édition. Paris, Francia, 1957.

19. PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial José María Cajica Jr. Puebla-México, 1946.

20. PLANIOL Y RIPERT. Compendio de Derecho Civil Frances. Tomo II. Editorial José María Cajica. Puebla-México, 1968.

21. TORO, Alfonso. Compendio de Historia de México. Editorial Trillas. México, 1955.

22. VERDUGO, Agustín. Principios de Derecho Civil Mexicano. Editorial Esfinge. México, 1960.

23. ZEUMER, Karl. Historia de la Legislación Visigoda. Barcelona España, 1960.

LEGISLACIONES CONSULTADAS

1. Còdigo Civil Español. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1965.
2. Còdigo Civil Italiano. Editorial Ulrico Hoepli. Milán Italia, 1974.
3. Còdigo Civil Frances. 56 Edition. Paris, Francia, 1957.
4. Còdigo Civil de 1870. Exposición de Motivos de la Comisión Radáctora. Editado por J.M. Aguilar. México, 1875.
5. Còdigo Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.