

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD Y SUS  
EFECTOS JURIDICOS EN NUESTRA LEGISLACION**

**T E S I S**

Que para optar el título de:

**LICENCIADO EN DERECHO**

**p r e s e n t a**

**ANSELMO PEREZ XOCHIPA**

**México, D. F.**

**1969**

**1441**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

A mi señor Padre  
VICENTE PEREZ XOCHIPA.

Con cariño y anhelo de mi  
existencia.

A mi señora Madre  
SOFIA XOCHIPA DE PEREZ.

Con gratitud y anhelo de  
mi vida.

**A mi Esposa e Hijas.**

**Con cariño y respeto por su  
confianza que me han profesado.**

**A mis Hermanos y demás fa-  
miliares por su alto grado  
de comprensión.**

**A mis Maestros.**

**A mis Amigos.**

**Al C. Lic. Juan Moisés Calleja, Presidente  
del Décimo Distrito Electoral, infati-  
gable defensor y protector de Obre--  
ros y Campesinos.**

#### A MANERA DE PROLOGO.

Se viene señalando en la doctrina, hace tiempo, que el nombre de la Institución Patria Potestad, no responde ya al contenido de la misma. El término parece traducir, en efecto, las ideas de poder (potestad) atribuido sólo al padre y en el instituto de la patria potestad, se ve hoy más que un poder, una protección; protección que, por otra parte, no es específicamente paternal, puesto que incumbe a -- los esposos y aún a la madre solo en defecto del padre.

No ha faltado por ello, intentos de suprimir en las normas legales la expresión tradicional patria potestad, -- substituyéndola por alguna más exacta. Ya en el Siglo pasado, al prepararse el Código de Napoleón, hubo partidarios de emplear como una rúbrica legal las palabras "Que la autoridad de los padres y de las madres" (1). Y en el siglo actual, la denominación patria potestad fué suprimida en la -- Legislación Soviética: El Código de Familia Ruso de 1918 ha bla, en efecto, de "Derechos y deberes respectivos de los -- hijos y de los padres".

Entre los autores españoles, algunos esbozan defini ciones de la patria potestad coincidentes con los de la dog trina extranjera, por ejemplo, para Clemente de Diego, la -- patria potestad es "el deber y derecho que a los padres co-

(1) Granotier, citado por José María Castán Vázquez. La Patria Potestad. -- Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid.

responde proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos". (2)

No aspiramos, por nuestra parte, a esbozar una definición perfecta de patria potestad. Sabido es que todo intento de definición entraña dificultades y acarrea peligros. -- Sin embargo, ante la conveniencia para este estudio, apuntamos modestamente que entendemos por patria potestad: El conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a los hijos. En este ensayo de definición pretendemos recoger la naturaleza y fin especial de la Institución. La Patria potestad es, en efecto, un conjunto de derechos y deberes; atribuidos los primeros para el cumplimiento de los segundos. Corresponde a los padres, -- es decir, según los casos y países, al padre solo, o a la madre sola, o a ambos en coparticipación, pero nunca a persona distinta de ellos. Se ejerce sobre persona y patrimonio del sujeto, teniendo, por tanto, un doble contenido: personal y patrimonial. Hay un vínculo de patria potestad entre los padres y cada uno de los hijos, ya que, si éstos son más de -- uno, no existe un poder único, sino varios poderes iguales. -- Se ejerce sobre los hijos no emancipados, pues la emancipación por mayoría de edad ó por las otras formas admitidas en cada ordenamiento se extingue la patria potestad.

(2) Felipe Clemente de Diego, Instituciones de Derecho Civil Español. -- Madrid 1930. Tomo II.



**CAPITULO I**

**Sumario: Origen de la familia:**

**a) Matriarcado y Patriarcado.**

## ORIGEN DE LA FAMILIA

Durante mucho tiempo privó la hipótesis de la existencia de la familia patriarcal en la antigüedad. Los recuerdos -- clásicos que se refieren a la agnación greco-romana o al patriarcado israelita, impedían concebir un grupo familiar diferente del que se comenta en estas autoridades de la civilización: La Biblia, La Política de Aristóteles y el Derecho Romano. Pero, hace cincuenta años, aproximadamente, que la -- investigación etnográfica tomó otro camino diferente sosteniendo con Bachoffen: "Que siendo la maternidad hecho fisiológico indudable, en tanto que la paternidad escapa a la percepción de los primitivos, debió existir el matriarcado anteriormente a la autoridad masculina y ser el propio matriarcado la primera organización de la sociedad humana".

Dentro de esta última hipótesis, la humanidad habría vivido en un estado de promiscuidad general, en que el hombre se preocupase poco de los hijos que había engendrado en tanto que la mujer cuidaría de ellos, convirtiéndose, de tal -- suerte, en el eje de la familia y de la autoridad total.

Pablo Krische, sostiene la probable universalidad del matriarcado y agrega: "El matriarcado, propiamente dicho se -- inicia cuando la cultura inestable de los cazadores se transforma en la cultura sedentaria de los agricultores". Donde -- siempre estaba la mujer como recolectora de frutos, en estrecho contacto con la tierra y sus productos. Cuando los progresos debidos a la mujer en el cultivo de la tierra, en el tejido y en la alfarería, arrebataron paulatinamente el predominio económico al hombre cazador, dieron a la mujer, como elemento productor y director de la familia, la preponderancia y el mando.

Esta transformación, única en la historia de la cultura, que convirtió a la mujer en la clase directora de la sociedad humana, trajo como consecuencia una época clásica de la cultura femenina que, aunque de corta duración, dejó hondas huellas tras de sí, cuyos restos se han mantenido hasta nuestros días.

Conforme a lo dicho anteriormente por el mencionado autor (1), la fase matriarcal, principalmente, constituye una época clásica del dominio absoluto de la mujer no observada antes ni después.

La hipótesis del matriarcado es, no obstante, justamente debatida por algunos sociólogos: según Muller-Lyer (2) "es el matriarcado sólo un fenómeno transitorio, al que precedió cierto patriarcado, es decir, la denominación según el nombre general de la horda, primero, y según el padre, después, y al que sucedió un patriarca inequívoco. Franz Carl Muller-Lyer atribuye la institución del matriarcado a influencias económicas, que determina en tres direcciones:

- I.- La mujer se hizo sedentaria antes que el hombre, es decir, su vida y su oficio fue poco agitado.
- II.- La propia mujer es la que inicia la agricultura.
- III.- A esto hay que añadir el matrimonio de servidumbre.

Siendo la mujer la primera en establecerse sedentariamente, mientras el hombre continuaba su vida móvil y vagabunda—aquél, para casarse, hubo de trasladarse donde la mujer estaba. Porque siendo ella un valor económico mayor que el hombre, el clan prefería desprenderse de éste, pues el interés del clan era cuidar un elemento de trabajo superior a otro de trabajo inferior.

**PATRIARCADO.**— El culto a los muertos, a los antepasados es el soporte religioso del patriarcado, así como la propiedad su soporte económico. La familia uterina y exógama desaparece con el totemismo. En esta fase de la evolución de la sociedad doméstica, se confirma ya el trabajo equitativo, la igualdad de derechos y el auxilio mutuo se confunden en un solo resultado: la familia patriarcal.

(1).— Pablo Kriche. "El enigma del matriarcado". Pág. 96. — Traducción del Alemán al Castellano por Ramón de la Serna. — Revista de Occidente. Madrid 1930.

(2).— Die Familie. Franz Carl-Lyer. Traducción al Castellano por Ramón de la Serna. Pág. 173. Munich 1912.

El parentesco, dice Comte, por la línea materna no puede existir, la mujer se somete al varón, y el hijo tiene el dios del padre. El patriarca rige la vida social, familiar y política, y al desaparecer, lejos de que mengüe su acción, preside la vida moral de su hogar. Es jefe y dios, todo se le subordina, inevitablemente, en el pasado, presente y porvenir de la comunidad.

En el centro del antiguo mundo, desde las orillas del Mar Negro, hasta el corazón de la Mongolia y más allá, se extiende la inmensa pradera que han recorrido los pueblos pastores ejerciendo ya totalmente el padre su entera potestad sobre la mujer y los hijos. En estas inmensas estepas, viven hasta nuestros días comunidades sometidas al régimen patriarcal. Cada familia se ve obligada a producir por sí misma todo lo que necesita para poder subsistir. El patriarca conserva a su lado a todos sus hijos célibes o no. Todos los objetos, excepto los de uso muy personal, así como los rebaños y enseres de la vida pastoral, se poseen en total indivisión entre los individuos y el patriarca alcanza el poder absoluto sobre su familia, a tal punto, que elige entre sus hermanos quien ha de acompañarlo como jefe en su vejez y reemplazarlo después de muerto. Es a un tiempo padre, educador, magistrado, pontífice y soberano.

Uno de los más antiguos Códigos del Indostán, dice Kovalevsky (3), enumera los individuos que integran el número de parientes asociados; el bisabuelo, el abuelo, el padre, el hijo, el nieto y el biznieto; lo forman por consiguiente todos los parientes que pueden conocerse en el curso de una sola generación. La comunidad familiar tenía como jefe al más viejo. Al dar el padre la vida a su hijo le transmitía su propio culto, esto es, el derecho de mantener vivo el fuego y tradición sagrada del hogar.

(3) Evolución de la Familia y de la Propiedad. M. Kovalevsky. Pág. 82. Traducción de A. Ferrer y Robert.

Según Platón, todo provenía, para el hijo, de su padre y como no se podía pertenecer a dos familias, hacer valer dos — hogares distintos, el hijo no tenía más religión ni más familia — que la de su padre. Es decir, el principio del parentesco no — consistía en el acto material del nacimiento, sino en el paren— tesco propiamente dicho. Cuando la religión cambia por influencia de la filosofía y del cristianismo, la familia se modifica. De — modo que, desde el punto de vista sociológico, el parentesco y — la autoridad matriarcal del clán, obedece al mismo principio que al parentesco patriarcal romano, es decir la religión.

## CAPITULO II

### Evolución Histórica en la Antigüedad

#### Sumario:

- a) roma: 1.- Del Pater Familias. 2.- Sui Juris, 3.- Alieni Juris. 4.- Las fuentes de la Patria Potestad.
- b) España: 1.- Fuero Juzgo. 2.- La Ley de las Siete Partidas.
- c) Alemania.

En Roma como se sabe, el padre podía vender a sus hijos varias veces, antes de perder sus derechos sobre ellos; condenar a muerte a su mujer y legar su fortuna a un extraño; la propiedad de la tierra se consideraba una institución de origen eminentemente religioso. La solidaridad doméstica, cimentada en la unidad religiosa, crea la institución de la propiedad romana y el absoluto mandato paternal con sus magníficos caracteres absolutos: derecho de usar, de disfrutar y de abusar de la cosa propia. El patriarcalismo, conquistó como se sabe, el Universo.

ROMA.- La patria potestad en el Derecho Romano, es en principio vitalicia, absoluta y despótica. Está fincada en la "potestad" del pater familia.

Este poder era tan extenso y cruel que constituía al padre, en absoluto soberano de la persona y de los bienes de los hijos, tenía libre disposición de ellos, podía exponerlos, venderlos y los hijos nada poseían, ni adquirirían sino en beneficio del padre.

Como primera cuestión al hablar de la patria potestad, tenemos necesidad de saber lo que se entendía como familia en el Derecho Romano, la palabra familia se refiere tanto a los vínculos de la sangre, como al grupo familiar compuesto por el conjunto de personas sujetas a la patria potestad, viene del pater familia "sui juris" "La domus".

La patria potestad, viene a constituir el fundamento de la domus. La palabra pater familias, entraña la idea de generación, evoca la de protección, poder, el pater familia era el ciudadano "Sui juris", es decir, que no dependía de nadie más que de sí mismo, cualquiera que fuera la edad, soltero o casado era él "in domo dominus habet", sin él no había familia ni Domus, sobre todo lo que ella podía contener de persona y bienes, tenía no solo un derecho, Jus, emanado de la costumbre o de la ley, sino una "potestas" cuya fuente era él solo.

Sobre la figura "pater" estaba la situación jurídica - de la familia Romana, está tomada en el sentido más despótico y absoluto, uno sólo el Jefe, es el señor propietario de todos los demás y todo el patrimonio, la propiedad concentrada en la familia está a su libre y entera disposición; personas y bienes todo es suyo, en cuanto que él es independiente.

La patria potestad significa el poder sobre los descendientes varones, esto se explica por qué las mujeres pasaban a formar parte de la familia de su marido.

La naturaleza del poder sobre los Alieni Juris estaba indicada en la designación individual para la mujer "in manu", por el genitivo del apellido del marido, por la mención de hijo o hija para sus descendientes.

Durante largo tiempo, la potestad sobre las personas y aquellas sobre las cosas, fueron consideradas de la misma naturaleza, el derecho les garantizaba la misma sanción.

Las personas de las que el jefe era el señor no permanecían en su familia, más que por su voluntad, ya que él era - el responsable de la perpetuidad de su raza, frente a los antepasados, ningún freno legal hubiera podido ponerle trabas - en las medidas de proveer a ella; componía su familia, como le placía, esta potestad era perpetua, cualquiera que fuera la edad de los alieni juris, únicamente se extinguía con la muerte o la capitis diminutio.

La fisonomía tan recortada y rigurosa de la patria potestad, es uno de los puntos más conocidos del Derecho antiguo. Esta constitución primitiva de la familia, no tardó en alterarse, no podía convenir a un estado poderoso en el que aumentaba el espíritu de iniciativa y se desarrollaba la personalidad del hombre.

Muchos siglos hubieron de transcurrir y fué con el advenimiento de la época cristiana, cuando este derecho significó el deber de la protección en favor de los hijos, más -- que el derecho de autoridad sobre ellos, cambió su situación



jurídica y el hijo dejó de ser considerado como una propiedad más de su padre, quien podía disponer de su persona, llegado más de una vez a ejercer el derecho atroz, de la pena de muerte, para convertirse en el deber de guarda, responsabilidad y conservación de los cuales debía dar cuenta a la sociedad y a Dios.

Ulpiano nos enseña en una de sus leyes que no es permitido al padre ejercer crueldad contra sus hijos, más que en vía de corrección, debiendo en caso de reincidencia de recurrir al magistrado para que pronuncie sentencia que crea justa, una constitución de Constantino pronunció pena de presidio contra el padre culpable de la muerte de su hijo. Otras constituciones prohibieron la exposición de los hijos y la venta no fué permitida más que cuando el padre viniera de extrema miseria, el abandono se consideraba ilícito, aún mucho tiempo después, se necesitaba que los motivase la necesidad de reparar un daño, jamás podía tener por objeto las hijas.

Así mismo, tenía el padre el derecho de mancipar (mancipium) al hijo, es decir, cederlo a un tercero, que venía a constituir una venta del hijo, este derecho fué prohibido en la época del bajo imperio.

En relación a los bienes de los que estaban sujetos a la patria potestad tomando como punto de partida que esta institución era en principio absoluta y despótica, en beneficio del padre, el hijo de familia no tuvo un patrimonio propio y todas sus adquisiciones pertenecen al padre, desde el reinado del emperador Augusto empieza a tener el hijo patrimonio propio, peculio perfectum, al constituido por bienes que el hijo recibe del padre, para que lo administre, peculio castrense al constituido por los bienes adquiridos en la milicia o con ocasión de ella; peculio cuasi castrense al que se formaba con los bienes adquiridos mediante el ejercicio de profesiones liberales.

El bajo imperio vió acelerarse la tendencia a robustecer cada vez más, la personalidad de los hijos de familia, llegando a substraerse del patrimonio individual todo lo que el hijo o hija no tenía directamente del padre.

Al lado de los peculios castrense y cuasi-castrense aparecieron otros dos grupos de bienes. La bona adventitia, que comprendía los bienes procedentes de la sucesión materna, pero engrosados a aquellos que recibían a título gratuito de la madre y sus ascendientes. El padre tenía la administración y las rentas; pero no podía enajenar salvo excepción, sin el consentimiento del hijo, que era el propietario. Si el padre lo emancipaba guardaba un tercio de propiedad, después de Justiniano, la mitad del usufructo solamente.

A la muerte del padre el hijo recibía estos bienes a título de (jus peculii) y retiraba su bona adventitia, antes de la división en virtud de una hipoteca tácita.

El segundo grupo lo constituían los bienes que el hijo recibía bajo esta condición; bona adventitia, sobre las cuales el padre ha renunciado a sus derechos, sucesión al intestado -- de las hermanas y hermanos; este grupo era así descrito por -- Justiniano.

Abordemos ahora las fuentes de la patria potestad en el Derecho Romano, son las siguientes:

- 1.- La justae nuptiae.
- 2.- La legitimación.
- 3.- La adopción.

"La justae nuptiae".- Se llama justae nuptiae, el matrimonio legítimo, conforme a las reglas del Derecho Civil de Roma.

El matrimonio, aseguraba la perpetuidad de la familia y de la Sacra Private. En todo tiempo los Romanos practicaron la manogamia, para que perdurara la raza y su culto, el pater familia adquiría el derecho de disponer de una mujer después la-

investía del título de esposa (Uxor) bien para sí mismo o para uno de los varones colocados bajo su patria potestad.

La Ley de las Doce Tablas consideran estas uniones equivalentes y conforme al Derecho Civil, con el nombre de justae nuptiae.

#### CONDICIONES DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO

- 1.- Pubertad de los esposos.
- 2.- Su consentimiento.
- 3.- El consentimiento del Jefe de la Familia.
- 4.- El Connubium o Jus Connubium.

"La Pubertad es la edad en que las facultades físicas -- del hombre y de la mujer están suficientemente desarrolladas -- para permitirles el objeto principal del matrimonio, tener hijos que perpetúen la especie.

En principio la edad para la mujer fué de doce años y para el hombre cuando los padres encontraban en ellos las primeras señales de la pubertad.

El Derecho Civil al fijar la presente edad para la pubertad catorce años para los hombres y doce para las mujeres, ataca la libertad del padre de familia, cuya apreciación de hecho que había sido largo tiempo soberana de este punto". (4).

#### CONSENTIMIENTO DE LOS ESPOSOS

"Las personas que se casan deben consentir libremente, -- es probable que durante largo tiempo la energía del poder paterno, violentara el consentimiento de sus hijos, pero ya la ley "Julia de Maritandis ordinibus" había permitido al Magistrado exigir del pater familias que consintiese el matrimonio de los hijos bajo su potestad, y de suplir su consentimiento -- llegado el caso". (5).

(4) Eugenio Petit, "Tratado elemental de Derecho Romano", Pág. 103 Editorial Saturnino.

(5) J. Declareuil, "Roma y la Organización del Derecho", Pág. -- 106. Editorial Cervantes. Barcelona 1926.

### EL CONSENTIMIENTO DEL JEFE DE FAMILIA.

"Los hijos bajo la patria potestad, deben tener el consentimiento del jefe de familia.

Esta condición está fundada más que en el interés de los esposos, en la autoridad paterna y los derechos de que está in vestida, tienen como consecuencias.

A.- Este consentimiento es necesario, sea cual fuere la edad del descendiente.

B.- El consentimiento de la madre, nunca se exige por no tener autoridad.

C.- El consentimiento del Jefe de Familia, aunque solo sea abuelo del descendiente y el del padre también, pues al mo rir el abuelo, el hijo estará en la potestad del padre, para las hijas es diferente bastando el consentimiento del abuelo.- (6).

### EL CONNUBIUM O JUS CONNUBIUM.

"Ulpiano la define como la facultad de casarse indi dualmente cada uno de los cónyuges, pero agrega que no es solo eso sino que sean capaces de casarse uno con el otro, es de cir, es una capacidad relativa a cada una de las personas de cuyo matrimonio se trata, existiendo solamente entre los ciuda danos romanos.

Los impedimentos para el connubium se fundan en la mo ral, habiendo tenido pocas variaciones en la Legislación Roma na".

### LA LEGITIMACION

La legitimación en el Derecho Romano, indica en el senti do propio de la palabra ciertos medios por virtud de los qua

les los emperadores cristianos, para favorecer las uniones regulares permiten a los padres adquirir autoridad paterna sobre sus hijos naturales nacidos del concubinato.

"Sin embargo, existieron en esta época a que nos estamos refiriendo, algunos supuestos en los cuales el padre obtenía la autoridad paterna sobre sus hijos nacidos fuera de la "justae nuptiae", como cuando el emperador, Vgrs: al conferir el derecho de ciudadanía a un peregrino y a sus hijos, concedía también la autoridad paterna, cuando un "Latino Juniano", disfrutaba del beneficio de la "causae probatio".

Operaba la "causae probatio", cuando un latino al casarse con una ciudadana o con una latina, en presencia de siete testigos, aseguraba que se casaba para tener hijos y de esta unión al nacer un hijo, cuando este tuviera un año, podía presentarse el padre ante el Magistrado y probar tanto la existencia del hijo como la causa del matrimonio y la "Erroris causae Probatio". Cuando había equivocación sobre la cualidad de algunos cónyuges, en la creencia de que entre ellos existía "el --connubium". Al haber buena fé de parte del padre, respecto al hijo procreado, se permitía probarla y el matrimonio se convertía en justae nuptiae". (7).

Existiendo la idea de que los "justae nuptiae", solo -- eran honorosas para los padres y los hijos, aparecía la legitimación como consecuencia a partir del bajo imperio.

Se establecía que el hijo no podía ser legitimado sin su voluntad porque dada su condición de "sui juris", el patrimonio del hijo era absorbido en el del padre, bajo cuya autoridad caía, por virtud de la legitimación. La excepción a la regla anterior solo se daba cuando el hijo era demasiado joven, -- pues en este caso bastaba que no hubiera contradicción.

"El derecho romano, ideó a la legitimación los siguientes procedimientos:

(7) Eugenio Petit. Obra citada. Págs. 117, 118. Editorial Sa--turnino Calleja, S.A.

- 1.- El matrimonio subsiguiente del padre y la madre.
- 2.- La oblación o la curia.
- 3.- El rescripto del príncipe.

Para el primer caso se requiere que los hijos nacidos de personal entre cuales era posible el matrimonio, como consecuencia de la concepción, preveer la constitución de una dote, quedando excluidos los hijos adulterinos, incestuosos y aquellos cuyos padres no podían contraer matrimonio por algún impedimento legal o temporal. Los efectos de la legitimación por el procedimiento a que nos estamos refiriendo eran completos, ya que el hijo entraba como "agnado" a la familia civil del padre.

Para el segundo caso, era posible la legitimación, si el padre que tenía un hijo natural, le ofrecía en la curia de su villa natal, si era varón, o si era del sexo contrario, la casa con un "decurion" o miembro de la Curia. Los efectos de esta legitimación eran restringidos, pues el hijo al caer bajo la autoridad paterna se hacía "agnado" de su padre sin entrar en la familia civil, ni ser "agnado" de los "agnados" del padre.

El último caso de legitimación se daba cuando estando muerta la madre, ausente o casada con otro, el padre se dirigía al emperador, pidiendo la legitimación de sus hijos naturales, pero sin que tuviera hijos legítimos. Los efectos que esta clase de legitimación producía eran completos". (8).

#### ADOPCION

La adopción tenía desde su origen por objeto introducir a una persona en la familia del que lo adoptaba y adquirir sobre ella, la patria potestad.

(8) Eugenio Petit. Obra citada. Págs. 118 y 119.

"La palabra adopción es voz genérica ya que se distinguen dos especies de adopción. La adopción que se aplicaba a los jefes de familia sui juris y la adopción propiamente dicha a los hijos de familia alieni juris.

Operaba la adopción de la siguiente manera: se necesitaba el abandono de la patria potestad por el padre, y la sumisión del hijo a la del padre adoptivo, ante el gobernador de la provincia que ordenaba el registro en el archivo, fué consagrada por Justiniano, quien también exigía una diferencia de dieciocho años entre el adoptante y el adoptado.

También la adopción por medio de una venta llamada mancipatio, que debía repetirse tres veces para el varón, en principio para destruir la patria potestad, y de una ocasión que era una declaración del magistrado de que el hijo pertenecía al adoptante.

El hijo una vez separado de la familia, no era ni agnado ni cognado de ninguno de los miembros de ella". (9).

Se perdía la patria potestad en este derecho.

- 1.- Por la muerte del jefe de familia.
- 2.- La pérdida de su libertad.
- 3.- La pérdida de los derechos de la ciudad.

El hijo se consideraba sui juris sin perder sus derechos de agnación.

#### EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

- 1.- La dación en adopción.
- 2.- La emancipación.

La dación en adopción extingue la autoridad al padre natural y se le consideraba como extraño.

La emancipación es el acto por el cual el jefe hace salir al hijo de su potestad y lo convierte en sui juris.

(9) J. Declareuil. Obra citada, Págs. 144 y 145.

## DERECHO ANTIGUO ESPAÑOL.

Al estudiar el Derecho Antiguo Español en relación a la patria potestad, nos referiremos al más antiguo de los Códigos de nuestra Madre Patria, que es el fuero juzgo. Contiene muy pocas disposiciones acerca de la patria potestad, la cual pertenecía al padre.

Los padres al ejercitar el derecho de dar muerte a sus hijos, el legislador dictaba: que se le impondría como la pena de las cosas e impone también a los padres infanticidad o que hicieran abortar, la pena de ceguera o muerte (Ley 7a. Título III Lib. IV).

La exposición de los hijos se pena con la pérdida de la patria potestad, obligando a rescatar al hijo de quien lo tuviere en su poder y si no estuviera con el que el padre lo expuso, queda el padre como siervo en su lugar, si no quisiera hacerlo deberá ser extrañado del reino permanentemente, Ley Ia. Tit. IV Lib. V.

"La patria potestad en este Código, era ejercida, muerto el padre por la madre, hasta que los hijos hubieran cumplido quince años, siempre que ella quisiera y no pasara a segundas nupcias, en cuyo caso habiendo otro hijo de 20-30 años de edad, a él correspondía la patria potestad. Cuando no existía tal heredero, o no reuniera los requisitos exigidos, ejercía la tutela el tío o su hijo, en caso de que estos parientes no pudieran ejercerla, el Juez debería otorgarla a cualquier otra que él designara.

Ni el padre, la madre o los otros parientes en su caso, podrían gastar los bienes del menor, de los cuales les pertenecía la décima parte de los frutos, a cuyo efecto debían formular inventario ante testigos, y estaban obligados a la restitución, en caso de pérdida por negligencia.

El Fuero Juzgo concedió como lo hemos expuesto la patria potestad a la madre, en defecto del padre, en el mismo sentido-



se destacan el Fuero Real, el Fuero Viejo y los Fueros de -- Cuenca y Plasencia". (10).

Pasaremos a examinar las Leyes de Partidas posteriores al Fuero Juzgo, estas leyes de las Siete Partidas, operaron una verdadera reacción en esta materia, copiando las leyes romanas, ya con las reformas hechas por los emperadores cristianos, hasta Justiniano, por lo que, aunque el poder doméstico ha dejado de ser la austera representación de los crueles derechos concedidos al pater familia, vuelve otra vez a extenderse aún a los más remotos descendientes con tal de -- que sean legítimos. Sin consideración alguna a la independencia que da el matrimonio, y a pertenecer exclusivamente al padre, con absoluto alejamiento de los parientes de la madre.

"El castigamiento dice una ley de las Siete Partidas, -- que debe hacerse con mesura y con piedad, y otra expresa que el padre tiene el derecho a demandar en juicio y tomar a su poder al hijo que anduviere vagando por la tierra no queriendo obedecerle. Además, se separan las disposiciones de las Siete Partidas de las procedentes, en lo que atañen el ejercicio de la patria potestad, por parte de la madre, ya que -- niégaseles rotundamente, siendo exclusivo derecho del padre, limitando a los hijos legítimos, que son de casamiento, pues ni los naturales, ni los incestuosos son dignos de ser llamados hijos, porque son engendrados en gran pecado". (11)

En relación a los bienes, el derecho antiguo español siguió fielmente el Derecho Romano tanto en la clasificación y definición de los peculios, como en los derechos y obligaciones respectivas del padre y el hijo. Con excepción del usufructo del peculio adventicio que el padre conservaba solamente hasta que el hijo se casaba y velaba y cuya mitad continuaba perteneciéndole aún después de emancipado.

(10) V. Romero y A. Girón. Instituciones Jurídicas, Políticas y Sociales Españolas. Madrid, España 1916, página. 333.

(11) V. Romero y A. Girón. Obra citada. Pág. 338.

"La Patria Potestad se adquiere:

- 1o.- Por matrimonio.
- 2o.- Por legitimación, y
- 3o.- Por adopción.

Se pierde la patria potestad:

- 1o.- Por muerte natural.
- 2o.- Por destierro perpetuo.
- 3o.- Por dignidad del hijo.
- 4o.- Por emancipación.
- 5o.- Por castigos crueles.
- 6o.- Por prostitución de las hijas.
- 7o.- Por mala administración de los bienes de los - hijos, y
- 8o.- Por matrimonio del hijo o hija casado y velado.

Haré una breve alusión a las leyes anteriores al Código vigente, y diré; proyecto de ley de 1851, que regula a fondo la patria potestad en los artículos 143 al 170.

Ley del 18 de junio de 1870, regula la patria potestad como el segundo de los efectos del matrimonio, en los - artículos 63 al 71.

#### DERECHO ANTIGUO GERMANO

En este derecho las concepciones que se tenían tanto de la familia como de la patria potestad, fueron influenciadas por las costumbres romanas, aunque separándose de -- estas en algunos aspectos, que ellas tenían del gobierno de la familia.

La familia era considerada por los germanos, como - un vínculo que no solo abarcaba a los parientes consanguí-- neos, sino también incluía a los afines por razón del matri-- monio.

El poder del padre sobre las personas que componían la familia, se le denominaba *mum* o *mundium*, palabra cuyo -- significado era la protección que el padre debía a los miembros de la familia, (y en este punto, haciendo una comparación con el pueblo romano, notamos una separación, de la -- concepción de familia pues el *Munt*, no es tan absoluto como el poder dado al *pater familias*.

Como principio general, podemos decir, que en este -- derecho antiguo germánico, la mujer no ejercía la patria potestad por ser inhábil para la guerra, pero este principio -- no es tan riguroso que no permita a la madre ejercer este -- derecho a la muerte del padre.

El padre podía dar muerte a sus hijos, venderlos, -- darlos en prenda, así como también a su mujer, sin embargo, no era el padre la autoridad superior en la familia germánica, por cuanto que sobre ella estaba la del consejo o tribunal formado por los parientes.

En relación a los bienes, el padre era el único propietario de ellos. La patria potestad se adquiere en este -- derecho:

- 1o.- Por matrimonio.
- 2o.- Por legitimación, y
- 3o.- Por adopción.

Se extingue la patria potestad por las formas siguientes:

- 1o.- Con la muerte del padre,
- 2o.- Matrimonio de los hijos,
- 3o.- Emancipación del hijo, lo cual ocurría cuando -- llegaba al desarrollo físico necesario para servir en el -- ejército lo que se verificaba mediante entrega del hijo ante la asamblea pública, para el servicio de las armas.

4o.- La patria potestad no es indefinida como en el Derecho Romano, sino que termina cuando el hijo comienza -- una vida económica independiente, y ya no necesita de los -- cuidados de la madre ni de la protección del padre.

**CAPITULO III**  
**Derecho Moderno**

**Sumario:**

- a) Francia: Colín y Capintat.  
Marcel Planiol.
- b).- Italia: Francisco Ricci y N. Stolfi
- c).- España: Castán Tobeñas.
- d).- Alemania: Emecerus-kipp-Wolf.

## DERECHO FRANCES

PATRIA POTESTAD.- Todos los autores del Derecho Francés coinciden al definir la institución en estudio. Para nosotros la definición que nos dan Colín y Capitán es la más ---- aceptable, ya que está más de acuerdo con nuestro Derecho Mexicano y nos dice: "La Patria Potestad puede ser definida como el conjunto de derechos que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, mientras estos son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación a que es tán obligados". (12).

### PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO FRANCES.

La patria potestad en este derecho se atribuye conjuntamente al padre y a la madre, ejerciendo el padre este derecho mientras dure el matrimonio.

La madre tiene el ejercicio de la patria potestad en los siguientes supuestos:

- 1o.- En caso de muerte del marido.
- 2o.- En caso de incapacidad del marido.
- 3o.- En caso de ausencia del marido.

En el Código actual Francés se hace una asimilación de los hijos legítimos y naturales, por lo que tratándose de hijos naturales el ejercicio de la patria potestad corresponde al padre que haya reconocido primero al hijo, en caso de reconocimiento simultáneo la ley dá preferencia al padre.

Los padres adoptivos gozan en este derecho los mismos derechos y obligaciones a cumplir, que tratándose de la -

patria potestad ejercida por los padres legítimos.

Cuando el hijo cuenta con padre y madre, los ascendientes no tienen ninguna autoridad sobre él, únicamente -- tienen derecho a un precepto moral de obediencia y respeto.

Además se les toma en cuenta para ejercer la tutela de los menores, si el último de los padres no los ha despojado de este derecho. Tienen también la facultad de dar su consentimiento para el matrimonio de los menores por lo que se reconoce a estos derechos como vestigios de patria potestad.

El Derecho Francés reconoce a la Asistencia Pública el derecho de ejercer la patria potestad en la que puede -- ser de dos maneras.

1o.- Por delegación voluntaria de los padres.

2o.- Delegación de la patria potestad en la Asistencia Pública, cuando se trata de un hijo moralmente abandonado.

DERECHO DE LOS PADRES SOBRE LA PERSONA DE SUS HIJOS.- En Francia los padres tienen sobre la persona de sus hijos los derechos siguientes:

1o.- Derecho de Guarda y Dirección.

2o.- Derecho de vigilancia.

3o.- Derecho de corrección.

El derecho de guarda, es el medio con el que cuentan los padres para retener al hijo en lugar determinado y escogido.

Como consecuencia necesaria del derecho de guarda está la dirección de la persona del hijo, vigilando su correspondencia prohibiendo las relaciones que juzguen peligrosas, de velar por su instrucción, fijar el carácter y extensión de ella.

En relación a la tutela administrativa o sea la guarda de los menores que ejerce la Asistencia Pública, encontramos los siguientes casos:

1o.- Los menores que le son enviados en virtud de las Leyes de 1898 y 1912, se les llama Niños en guarda.

2o.- Los menores que la Asistencia Pública alberga por la hospitalización o detención de sus padres se les denomina niños en depósito.

3o.- En los casos de adopción por el estado, conociéndose a estos como pupilos de la Nación.

Además en el Derecho Francés existen personas que en forma más particular reciben a los niños en guarda llamándoseles a estas personas alimentistas.

DERECHO DE CORRECCION.- El Código Civil Francés concede a los padres este derecho como una medida disciplinaria siendo ejercido por los padres legítimos o los naturales, la madre lo ejerce en defecto del padre. Procede este derecho por dos vías.

1o.- Por vía de autoridad.

2o.- Por vía de solicitud o demanda.

La vida de autoridad solo se ejerce por el padre para que proceda es necesario reunir los siguientes requisitos:

1o.- Cuando el hijo es menor de 16 años,

2o.- Cuando no tiene bienes propios.

3o.- Cuando no ejerce ninguna profesión.

4o.- Cuando el padre es viudo o no ha contraído nuevo matrimonio.

Vía de solicitud.- Esta vía es la que toca ejercer a la madre, cuando el padre ejerce esta vía, solicita del tribunal la orden de arresto, que éste concede o niega, después de examinar los motivos alegados por el padre, conferenciado con el Procurador de Justicia.

El hijo tiene un recurso contra la orden de arresto, presentando una memoria ante el Procurador General de jurisdicción.

Para la corrección de los menores prostituidos el tribunal procede aún en contra de la voluntad de los padres, negando a éstos, el derecho de gracia, que la ley concede en los demás casos de corrección.

**DERECHOS DEL PADRE SOBRE EL PATRIMONIO DEL HIJO.** -- Existen en la legislación francesa dos derechos sobre el patrimonio del hijo, que son: El derecho de administración y el derecho de usufructo legal.

**ADMINISTRACION LEGAL.** -- Se da el concepto de administración legal, como el derecho que tienen los padres para administrar los bienes de los hijos, con poderes más amplios que los de un tutor. La administración legal es un derecho que únicamente los padres legítimos tienen, ya que los naturales se les concede la tutela de los menores.

Tiene el administrador la obligación de administrar los bienes como un buen padre de familia, y se hace responsable con su patrimonio del manejo de la administración, en relación a la rendición de cuentas el Derecho Francés asimila la administración legal con la tutela.

Son causas de terminación de la administración legal las siguientes:

- 1o.- Por que se haga inútil.
- 2o.- Por que la administración sea reemplazada por la tutela.

**USUFRUCTO LEGAL.** -- Tomaremos la definición de usufructo que nos da Marcel Planiol: "Es el derecho que goza el padre y la madre para beneficiarse personalmente con las rentas de sus hijos menores de 18 años, a cambio de satisfacer el sostenimiento y la educación de estos". (13). De esta de-

(13) Planiol y Lipert Ob. Cit. Tomo I. Pág. 363.



finición que aceptamos en todos sus términos, deducimos que es un medio para cumplir las obligaciones impuestas al padre para el cumplimiento de su noble fin, y no la consideramos como indemnización por los cuidados y desvelos que les dan, la crianza de sus hijos.

Este derecho de usufructo abarca la totalidad de los bienes del menor, pero esta regla admite las siguientes excepciones:

1o.- En los bienes que el hijo hereda, cuando el padre o la madre resulten excluidos por causa de indignidad.

2o.- En los bienes adquiridos por un trabajo honesto, separado del padre.

3o.- En los bienes donados o legados, con la expresa exclusión de goce de usufructo.

Es un derecho análogo al usufructo ordinario, con todas sus cargas pero además tiene tipos especiales de obligaciones, como son: El pago de los gastos de entierro, de última enfermedad del hijo, y la que exige que el producto de las rentas debe ser empleado en alimentos del hijo. También la ley dispensa de una obligación que es general en el usufructo ordinario y es la de dar caución en su manejo, ya que se toma en consideración que el cariño que tiene para sus hijos es suficiente garantía.

**FIN DEL USUFRUCTO.**- Se aplican todos los casos de terminación del usufructo ordinario, pero además tiene sus propias causas de extinción como son: la muerte, mayoría de edad y la emancipación del hijo, por destitución del padre o la madre hecha por los tribunales.

**PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.**- La pérdida de la patria potestad en el derecho francés, está reglamentada por una secuela de leyes, que viene a convertir a esta parte de la institución, en la más complicada de todas, pues se contradicen unas con otras y dejan siempre subsistentes-

las resoluciones dadas por las anteriores, sintetizando diremos nosotros que las causas de terminación de la patria potestad en Francia, son resultantes de condenas penales, principalmente, y también por el abandono que hacen los padres de sus hijos.

ITALIA.- En el Derecho Moderno Italiano notamos una evolución muy marcada, de la institución en estudio, ya que se ha orientado hacia el mantenimiento del orden familiar, así como la protección de la persona y del patrimonio de los hijos teniendo el padre la autoridad y medio para cuidar de la educación de los mismos.

El poder paternal es atribuido no tan solo al padre sino también a la madre.

Sobre los hijos naturales, los padres no ejercen el derecho de patria potestad, sino la tutela legítima, la que corresponde al que reconoce primero al hijo, si el reconocimiento es conjunto se concede preferencia al padre.

QUIENES EJERCITAN EL PODER PATERNAL.- En el Derecho Italiano el ejercicio de la patria potestad, corresponde a ambos progenitores, pero el padre lo ejerce durante el matrimonio. Pero puede darse el caso de que el padre se halle imposibilitado para ejercer este poder, cesando las razones de preeminencia del marido, pasando su ejercicio a la madre, lo que acontece en los siguientes casos:

- 1o.- Por condena penal.
- 2o.- Por ausencia presunta.
- 3o.- Por interdicción pronunciada judicialmente.
- 4o.- Cuando el padre no es capaz por enfermedad mental grave.

DERECHOS CON RELACION A LA PERSONA DEL HIJO.- Son tres los derechos en relación a la persona del hijo, la educación, guarda y corrección de los hijos.

LA EDUCACION.- Se ejerce sobre los hijos, para proporcionarles una educación tanto física como moral, exigiéndose que el hijo viva bajo el techo paterno, para que el padre pueda vigilar sus actos y corregirle rectamente.

GUARDA.- El objeto principal del derecho de guarda, es la prohibición que se le hace al hijo de abandonar la casa paterna o la que este le haya designado, sin permiso del padre o de la autoridad competente, sin embargo existen dos casos de excepción:

- 1o.- El alistamiento voluntario en el ejército.
- 2o.- Por razones de estudio, oficio, profesión, etc.

CORRECCION.- Se considera a este derecho como aquel, que consiste en el medio que goza el padre o el magistrado para alejar al hijo de la familia o por hacerlo encarcelar en un centro de educación correccional, en esencia es la facultad que tienen los padres de castigar a sus hijos o de corregir al hijo vicioso o indisciplinado.

El padre dispone de dos medios para el uso del derecho mencionado y son:

- 1o.- La vía de autoridad.
- 2o.- Vía de instancia o de demanda.

VIA DE AUTORIDAD.- Cuando la autoridad del padre no es suficiente para corregir al hijo, aquel puede ocurrir al Presidente del Tribunal, en recurso firmado por un abogado o por él mismo, y entonces ejercita la vía de autoridad. El Presidente del Tribunal examina las circunstancias del caso y de acuerdo con el ministerio público, concede la autorización o la niega, sin ninguna formalidad, ni expresar el motivo de su decreto.

El padre está obligado a pagar los gastos necesarios para la alimentación y educación correccional del hijo, los proporciona de acuerdo con su fortuna y con la necesidad requerida por el hijo.

En la aplicación del derecho de corrección en la vía de instancia o de demanda, se hace una distinción en el Código Penal, de los delitos cometidos por los menores de 14 años.

**DERECHOS DEL PADRE SOBRE EL PATRIMONIO DEL HIJO.** -- Son tradicionalmente dos, a saber: El derecho de administración y el de usufructo legal, incluyéndose en el primero el de representación.

**ADMINISTRACION.** -- Para el ejercicio del presente derecho, la legislación italiana hace la distinción entre actos de simple administración, los cuales no necesitan recabar los padres autorización alguna, y actos de disposición en los cuales debe estar autorizado judicialmente para su realización.

En relación a los actos de utilidad o necesarios para la conservación y mejoramiento de los bienes, percepción de los frutos y erogación de los réditos, el padre tiene la mayor libertad para ejecutarlos.

Se entiende por acto de disposición cuando se trata de un acto inaplazable, por el perjuicio que reportaría, o por que se ponga en peligro la vida al no ejecutarse. Será útil cuando se obtenga una notable ventaja económica.

El derecho de administración al igual que la patria-potestad, es de orden público, y por lo mismo, es indisponible, y no se lo puede quitar al padre en virtud de convenio de carácter privado.

El derecho de administración se extingue por las siguientes causas:

- 1o.- Por la mayoría de edad y emancipación del hijo.
- 2o.- Por malos manejos del padre en la administración de los bienes del hijo.

**USUFRACTO LEGAL.** -- Tomaremos el concepto sostenido por los maestros Francisco Ricci y N. Stolfi que nos dicen:--

"que el derecho de usufructo legal, es aquel, al mejoramiento protección y educación de los hijos". (14).

Características del derecho de usufructo. Las principales son: que es un derecho inalienable e inembargable, porque la patria potestad es irrenunciable en este aspecto.

Las obligaciones que tiene el padre usufructuario legal son: Debe hacer inventario de los bienes muebles y una -- descripción de los inmuebles, administrarlos como un buen padre de familia y conservarlos tanto en la materia como en su forma, igualmente soportará las reparaciones de los bienes.

Además, está obligado al sostenimiento, instrucción y educación del hijo, se haya obligado también al pago de los intereses anuales del capital a partir del día en que se inicia el usufructo.

Al usufructuario legal se le dispensa de dar caución legal, ya que se considera que el afecto del padre hacia los hijos, es la más sólida garantía de que este no abusará del usufructo, en perjuicio de los hijos. Se discute en la Legislación Italiana sobre la pignorabilidad de la parte del usufructo que le pudiera tocar.

FIN DEL USUFRUCTO LEGAL.- El usufructo legal cesa en forma absoluta y en forma relativa. Las causas por las cuales cesa en forma absoluta son:

- 1o.- Por muerte del hijo.
- 2o.- Por la mayor edad del hijo.
- 3o.- Por la emancipación expresa o tácita del hijo.
- 4o.- Por abuso de la patria potestad.
- 5o.- Por la muerte de ambos padres.
- 6o.- Por la ausencia declarada de ambos padres.
- 7o.- Por condena penal de ambos padres, que implique la pérdida del poder paternal.

(14) N. Stolfi. "Diritto Civile". Vol. V. Pág. 569. Francisco Ricci. Tomo III. Pág. 166.

8o.- Por contraer el padre o la madre nuevo matrimonio.

Termina de manera relativa y por consiguiente para - el padre o la madre:

1o.- Por ausencia declarada del padre.

2o.- Por condena penal del padre.

3o.- Porque el padre sea privado del usufructo, por separación personal declarada por culpa.

FIN DE LA PATRIA POTESTAD.- Se hace en la misma forma que con la extinción del usufructo, una doble distinción, clasificándolo en fin del poder paternal en forma absoluta - y en forma relativa. Y al efecto N. Stolfi dice que: "Cesa en forma absoluta cuando este desaparecer dando lugar a la tutela, y el hijo ya no estará en forma alguna sujeto a la potestad de nadie, será relativa, cuando se pierde tan solo para uno de los padres". (15).

#### CAUSAS DE EXTINCION ABSOLUTA:

1o.- Por mayoría de edad del hijo.

2o.- Por muerte del hijo.

3o.- Por la emancipación que el hijo obtiene al caverse.

Da lugar a la tutela en las siguientes situaciones:

1o.- Por muerte de ambos padres.

2o.- Por la declaración de ausencia de los padres.

3o.- Por la pérdida de la patria potestad de ambos - padres.

Lo que ocurre cuando el padre no vigila o provee a - la educación del hijo cuya conducta es difamatoria u ociosa, si emplea a los hijos menores de 15 años en la vagancia le - dedica a la prostitución, etc.

CAUSAS DE EXTINCION DE MODO RELATIVO:

1o.- Por emancipación expresa.

Como la emancipación puede ser revocado el emancipado cae de nuevo en la patria potestad y solo saldrá de ella a la mayoría de edad.

2o.- En los casos de condena penal o ausencia declarada en forma, de uno de los padres.

Hacemos notar que la pérdida de la patria potestad, - en la legislación italiana es de carácter temporal, ya que -- puede volver a ejercerla el padre que la ha perdido.

ESPAÑA

Es necesario hacer referencia al Derecho Español, por tener nuestro derecho una vinculación jurídica de ascendencia española, y que nos fue legada, en la época de la dominación de España en nuestro País.

Haremos el estudio de la evolución jurídica de la patria potestad, y encontramos que el Código Civil Español, al igual que el nuestro no da una definición de esta institución por lo que tomaremos el concepto dado por los Tratadistas.

Al efecto nos dice el maestro Castán Tobeñas que "La relación paterna filial, se caracteriza fundamentalmente por los deberes de protección y asistencia que tienen los padres para con los hijos, y necesita como elemento auxiliar un principio de autoridad en los padres, que es lo que tradicionalmente se llama patria potestad". (16).

TITULARES DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.- Corresponde al padre, el ejercicio de la patria potestad, y solo en defecto de éste lo ejercerá la madre, se ejerce sobre los hijos legítimos, los naturales reconocidos y adoptivos menores de edad, tratándose de un hijo natural reconocido el pa

(16) J. Castán Tobeñas. "Derecho Civil Español Común y Foral" Tomo I. Vol. I. Pág. 245.

dre tiene preferencia sobre la madre, cuando hayan reconocido simultáneamente al hijo.

Hemos dejado asentado que el padre es el que ejercita el derecho de patria potestad, y solo en defecto de éste lo ejercerá la madre, necesitando que existan algunas causas de hecho o de derecho como son: La ausencia, interdicción o la muerte.

EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD CON RELACION A LA PERSONA DE LOS HIJOS.- Podemos afirmar que los efectos de la patria potestad, en relación a la persona del hijo, se refieren concretamente al contenido del poder paterno, y se traduce en deberes y derechos recíprocos del padre y los hijos.

DEBERES DE LOS PADRES.- Son ellos, el de alimentación, asistencia, educación o instrucción de sus hijos, también tienen el de representación de todas las acciones que redunden en provecho del hijo.

DERECHO DE CORRECCION.- El derecho de corrección le corresponde a los padres legítimos, naturales, o adoptivos y se dividen en los tres siguientes derechos:

- 1o.- Corregir y castigar moderadamente a los hijos.
- 2o.- Pedir el auxilio de la autoridad estatal en apoyo de su propia autoridad.
- 3o.- Reclamar del Juez Municipal su intervención para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en establecimiento a la correccional designado al efecto.

Cuando los padres piden de la autoridad la detención de los hijos en establecimientos correccionales, se obligan a sufragar los gastos consiguientes, y la autoridad a separar a los menores de los criminales, y con solo una orden del padre podrán levantar la detención en cualquier momento.

EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD CON RELACION A LOS BIENES DE LOS HIJOS.- En este apartado se reproduce la ley del matrimonio civil, usan de la misma terminología.



Los bienes se distinguen tomando en consideración el título con que se adquiere y a las circunstancias de que el hijo viva bajo la dependencia económica de sus padres, o con independencia. Los bienes se clasifican en la forma siguiente:

1o.- Bienes adquiridos por el hijo, con el caudal de los padres, en estos bienes carecen de derecho, salvo en lo que los padres les cediesen expresamente.

2o.- Bienes adquiridos por el hijo con su industria o trabajo, o por cualquier otro título lucrativo u honoroso. El hijo tiene la propiedad; y corresponde por regla general la administración y usufructo al padre o la madre que ejercen la patria potestad.

OBLIGACIONES DE LOS PADRES COMO ADMINISTRADORES Y -- USUFRUCTUARIOS LEGALES DE LOS BIENES DE SUS HIJOS.- Se pueden clasificar las obligaciones en dos especies: Obligaciones generales y especiales.

OBLIGACIONES GENERALES.- Tienen los padres o madres -- los deberes de todo buen usufructuario y administrador, respecto de los bienes de sus hijos en los que tengan el usufructo o la administración o la ley hipotecaria.

Están obligados a hacer un inventario de los bienes, pero se les dispensa de afianzar su manejo, salvo el caso de que contraigan un nuevo matrimonio en este caso, deberán constituir fianza hipotecaria.

OBLIGACIONES ESPECIALES.- Se presentan estos casos, -- cuando el padre ejerce solo el derecho de administración, y está obligado a formar inventario de los bienes, con la intervención del ministerio fiscal, y a propuesta de éste, se podrá decretar por el Juez, el depósito de los valores mobiliarios del hijo.

Para garantizar los bienes de los hijos, en los cuales los padres tengan el usufructo, pero no la propiedad, el

código civil prescribe las siguientes medidas precautorias:

No pueden gravar, ni enajenar los muebles de estos, sino por causa justificada y previa autorización del Juez.

Quando el padre contraiga nuevas nupcias o enviude se reserva a los hijos la propiedad del cónyuge por muerto, además se constituye una hipoteca legal sobre los bienes de la madre o del padre.

La ley impone las siguientes limitaciones a los padres administradores de los bienes de sus hijos:

En los casos en que les corresponda el usufructo o la administración, al padre o a la madre según el caso no podrán enajenar ni gravar los bienes del hijo, sino por causa justificada de evidente utilidad o suma necesidad, previa la autorización judicial, esta limitación abarca y se aplica a los bienes muebles.

Modos de acabarse la administración y el usufructo legales se aplican los preceptos del derecho común, que no contraríen la finalidad de la patria potestad, que es la protección y beneficio de la persona y bienes de los hijos menores.

**TERMINACION DE LA PATRIA POTESTAD.**— Son dos las formas de extinción de la patria potestad: En forma absoluta y relativa y a sea que se extinga de manera tal y para toda persona o que sea respecto de la persona que la ejerce.

**EXTINCION ABSOLUTA.**— Son causas de extinción absoluta las siguientes:

- 1o.— Muerte de los padres.
- 2o.— Muerte del hijo.
- 3o.— Mayoría de edad y emancipación del hijo.

**EXTINCION RELATIVA.**— La extinción relativa es la designada como pérdida del poder paterno. De la que podemos citar como ejemplos, los siguientes:

- 10.- Incapacidad del padre o la madre declarados judicialmente.
- 20.- Ausencia declarada judicialmente.
- 30.- Interdicción civil.
- 40.- Dureza excesiva en el trato de los niños, órdenes, consejos o ejemplos corruptos en el caso de que el tribunal así lo aprecie.

### ALEMANIA

Estudiaremos el Derecho Alemán y nos daremos cuenta - que en él, donde el Estado interviene de manera bastante grande, en la reglamentación de la Institución que nos ocupa. El concepto de patria potestad que se da en la Legislación Civil Alemana, difiere a la que hemos dado en los Países estudiados.

En Alemania comprende el derecho y el deber de cuidar de la persona y del patrimonio del hijo, dándosele el carácter tutelar a este poder, se ejerce este derecho y deber hasta que el hijo haya cumplido la mayoría de edad.

Normalmente en vida de ambos cónyuges el padre ostenta totalmente la patria potestad, pero la madre goza igualmente del derecho de corregirlo. Este derecho sólo se da sobre los hijos legítimos.

En virtud del ejercicio de la patria potestad que tiene el padre, éste tiene el deber y el derecho de cuidar de la persona del hijo, y ello encierra el derecho de educarlo, vigilarlo y corregirlo.

**VIGILANCIA.**- Incumbe este derecho al padre con el objeto de precaver del peligro al hijo y al mismo tiempo, para evitar que el hijo cause perjuicios a terceros, de los cuales el padre resulta responsable. Derivase también del cuidado de la persona del hijo, el derecho que el padre posee cuando ejerce el poder paternal, de tenerlo en su compañía e igual

mente el de exigir la devolución del hijo de aquel que lo retenga contra derecho.

Tampoco es renunciable ni transferible a otros pero se puede valer de terceras personas para su cumplimiento, llevando al hijo a un colegio o pensionado.

**EDUCACION.**- Este derecho y deber es impuesto por la Constitución en su artículo 120, el cual obliga a los padres hasta cierta edad del hijo, consistiendo el deber de educación en influir psicológicamente sobre el menor para configurar su carácter y su espíritu. Pasando esta obligación al estado.

**CORRECCION.**- El derecho de educación de los hijos, dá nacimiento a la facultad que tienen los padres para ejercer contra ellos, los medios prudenciales de corrección, la ley no dice cuales serán estos medios. El Tribunal a petición del padre debe apoyar en éste la aplicación de las medidas correctoriales que juzguen adecuadas.

En relación de los bienes del hijo, el Derecho Alemán otorga al padre los siguientes derechos: El de administración representativa y disfrute, los cuales se pueden dar separados unos de otros.

**ADMINISTRACION DEL PATRIMONIO Y REPRESENTACION.**- La administración consiste en el derecho y debe de cuidar del patrimonio del menor. Se extiende este derecho sobre todos los bienes del menor con la excepción:

Lo que el hijo adquiere por causa de muerte, o por atribución gratuita entre vivos, por un tercero, si es la voluntad del autor de la herencia, que el padre puede excluir de la administración.

Al administrador del patrimonio corresponde la representación del hijo en asuntos patrimoniales, éste derecho de representación se limita, en la misma forma que el poder que

se confiere a un tutor, el padre puede transferir en nombre de su hijo poderes a otra persona, pero tiene prohibido transferir el derecho de representación en sí, a otras personas.

Está obligado a tomar posesión de las cosas pertenecientes al hijo, puede disponer en nombre propio o en el de su hijo, de los bienes objeto del patrimonio, pero responde con indemnización cuando la disposición hecha por él vulnere intereses del hijo. Sólo la ley transfiere al padre, parte de los casos en que se exige al tutor la aprobación del tribunal de tutelas. En cambio es necesario la mencionada aprobación del tribunal en los casos siguientes:

1o.- Para disponer sobre la finca o un derecho sobre ella o un crédito sobre la misma.

2o.- Para otorgar un poder general.

Ya tenemos dicho, que la administración no es tan solo un derecho, sino que es un deber y al respecto el padre debe obrar con la diligencia que suele poner en sus propios asuntos.

El padre no puede renunciar al derecho y deber, ni ceder la administración, pero sí puede nombrar un apoderado que le ayude al cumplimiento de la precitada obligación.

La administración del patrimonio por el padre tiene especiales motivos de terminación y al efecto:

1o.- Termina por las firmes declaraciones de concurso sobre los bienes del padre.

2o.- Termina si el padre por su culpa infringe el derecho del hijo a los alimentos exista el peligro inminente de que la obligación quede incumplida.

3o.- Y finalmente, cuando el padre no cumple las órdenes que le dá el tribunal de tutelas, no cumple sus deberes legales de hacer un inventario y protección de los bienes, después de la muerte de la madre.

DISFRUTE.- (Ennecerus) Considera que este derecho no-

es el de usufructo, con el que sólo tiene semejanza, (17) sin embargo, la doctrina está acorde, en considerarlo como un derecho de usufructo de tipo especial, dado su fin y su objeto.

Se extiende a todos los bienes del menor con excepción del patrimonio libre. El patrimonio libre del disfrute o usufructo como también lo designa la doctrina alemana, es:

- 1o.- Las cosas de uso personal.
- 2o.- Aquello que el hijo adquiere por su trabajo.
- 3o.- Lo que adquiere por causa de muerte.
- 4o.- Lo que obtiene por una explotación independiente del padre.
- 5o.- Por disposición expresa de una atribución patrimonial entre vivos.
- 6o.- Los objetos a los cuales el padre ha renunciado.

El derecho de disfrute, no es transmisible, ni embargable, en cambio los frutos adquiridos por el padre sí serán embargables.

Por lo que se refiere a las causas que ponen fin al disfrute o usufructo del padre tenemos las siguientes:

1o.- Por el casamiento del hijo, sin embargo, lo anteriormente asentado es de relativa importancia, porque el hijo menor no puede contraer matrimonio libremente.

2o.- Puede privársele del disfrute o usufructo, mediante declaración unilateral públicamente legalizada, dirigida al tribunal de tutelas.

3o.- Puede también perderlo el padre, por infracción de los deberes alimentarios del hijo. Esta privación puede ser revocada en cualquier momento.

**PATRIA POTESTAD DE LA MADRE.**- Antes de entrar a estudiar los modos de finalizar el poder del padre, analizaremos en forma breve los derechos de patria potestad de la madre.

(17) Ennecerus, Kipp y Wolf. Como IV. Vol. V. Pág. 69.

Al efecto en la legislación alemana, se le dá a la madre una patria potestad, considerada por este derecho, como una potestad fraccionaria, y es aquella que la madre puede ejercer cuando el padre se halle impedido de hecho para ejercerla. Como acontece en los siguientes casos, cuando el padre está impedido para ejercer la patria potestad, por una enfermedad, esté ausente, pasará a la madre el ejercicio del poder paternal, mientras dure el matrimonio pero sin poseer el disfrute de los bienes del hijo. Además la madre ejercerá el derecho durante el matrimonio, cuando la patria potestad del padre esté en suspenso o si el padre ha sido privado del poder paternal solo que en este caso, a la madre se le dará un curador.

FIN DE LA PATRIA POTESEAD.- En el presente rubro, estudiaremos, en primer término, la suspensión de la patria potestad y en último lugar la terminación propiamente dicha de esta institución.

Encontramos en la Legislación que analizamos, que la patria potestad se suspende en los siguientes casos:

- 1o.- Si el padre no puede celebrar negocios jurídicos.
- 2o.- Si el padre se encuentra limitado en su capacidad.
- 3o.- Cuando se constate por el tribunal que el padre se encuentre impedido por largo tiempo para el ejercicio de la patria potestad. El padre conservará ciertos y determinados derechos, pues podrá cuidar de la persona del hijo y respecto del patrimonio tendrá el disfrute, pero no la administración.

#### TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESEAD DEL PADRE.

Termina en forma absoluta, a saber:

- 1o.- Cuando el hijo es mayor de edad o es declarado como tal.
- 2o.- Si el padre muere o es declarado muerto.
- 3o.- Cuando el padre es privado de la patria potestad por la comisión de algún delito.
- 4o.- Y finalmente, la adopción motiva igualmente, la terminación de la autoridad paterna.

Refiriéndonos a la suspensión y terminación de la patria potestad de la madre, se sujeta a los principios que acabamos de estipular en este aspecto para el padre.



CAPITULO IV  
PATRIA POTESTAD

Sumario:

- a).- Nociones generales.
- b).- Definición de los diversos autores.
- c).- Colín et Capitant.
- d).- Josserand Louis.
- e).- Valverde Calixto.
- f).- Rafael De Pina.
- g).- Bonnecasse.
- h).- Crítica.
- i).- Definición que aceptamos.

**PATRIA POTESTAD.- NOCIONES GENERALES.-** En sentido estrictamente gramatical, "paternidad" significa calidad de padre y "maternidad" calidad de madre; pero estas palabras tienen además una connotación jurídica: la relación existente entre los padres y los hijos.

Etimológicamente, "patria potestad" significa poder o autoridad que los padres tienen sobre los hijos menores; pero esta idea es completamente vaga y general desde el punto de vista jurídico toda vez que carece del fundamento legal de lo que es en realidad esta institución en el campo del derecho.

**DEFINICION DE LOS DIVERSOS AUTORES.-** Los autores han vertido diversas definiciones sobre la patria potestad; veamos algunas de ellas:

COLIN ET CAPITANT, jurista francés, nos dice: "La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación a que están obligados." (16).

A pesar de su nombre de patria potestad, corresponde al mismo tiempo al padre y a la madre, pero el autor no habla en su definición de otros ascendientes, si estos pueden o no ejercer la patria potestad sobre sus descendientes. En defecto del padre, dicho poder es ejercido por la madre. Por eso se ha propuesto llamarla "autoridad de los padres", vocablo que designaría con más exactitud esta institución que la expresión tradicional.

Dicho autor, siguiendo a los demás, nos indica que la patria potestad se acaba con la mayor edad del hijo, cuando este es emancipado o se emancipe, y que ella constituye, para los menores, un poder de protección.

(16) Colin et Capitan. Derecho Civil T. II. Vol. I

Esta definición la hemos aceptado únicamente como --  
guía para nuestro estudio, ya que la misma faculta por igual-  
al padre que a la madre a ejercer dicho poder; pero nunca a -  
los demás ascendientes, a los cuales nuestra legislación sí -  
les confiere ese poder.

Debe, asimismo, agregarse a lo anterior, que la pa---  
tria potestad se ejerce sobre los hijos legítimos, más no así  
respecto a los naturales o adoptivos, que no están sometidos-  
a potestad alguna.

JOSSERAND LOUIS, sostiene: "La patria potestad, es el  
conjunto de derechos que confiere la ley al padre y a la ma--  
dre, sobre la persona y los bienes de sus hijos no emancipa--  
dos para asegurar el cumplimiento de los cargos que les incum-  
ben, en lo que concierne a la manutención y educación de los-  
hijos". (19).

Dedúcese de esta definición, aceptada en dichos térmi-  
nos o en otros parecidos por todos los autores, que la patria  
potestad está lejos de ser un poder absoluto, pero que, por -  
llevar consigo cargas y obligaciones, presenta el aspecto de-  
una relación jurídica bilateral.

Así se comprende que la terminología aceptada por el-  
Código Civil Francés haya sido muy discutida por evocar una -  
soberanía que ya no se admite desde hace muchos años y que, -  
en otros lugares, se hayan referido con preferencia a la ex--  
presión "autoridad parental", que presenta la doble superiori-  
dad de poner sordina a una terminología como la francesa y de  
indicar que el poder de que se trata no es del abarque total-  
del padre, sino que se concede a ambos padres.

VALVERDE CALIXTO, famoso autor español y eminente abo-  
gado, nos da una muy pequeña definición de la patria potestad

(19) Jossierand Louis. Derecho Civil. T. I. Vol. II. Pág. 257.  
Edic. 1950.

afirmando: "Es el complejo de derechos y deberes de los padres para con los hijos, y de éstos para con los padres" (20).

Este complejo de derechos y deberes, que denomina el legislador español "patria potestad", tiene un doble aspecto:-- en sentido lato, comprende todos los derechos y deberes recíprocos entre los padres y los hijos, sin limitación de edad, y en sentido estricto, la serie de derechos y deberes entre generantes y generados durante la menor edad de estos.

Valverde, como Colín et Capitan, afirma: Que el Código Civil Español, concede solo al padre y en su defecto a la madre el ejercicio de la patria potestad, quedando excluidas todas las demás personas que pudieran ejercitarlo. El padre, como máxima autoridad en el hogar, puede imponer a sus hijos castigos y correctivos que son en muchos casos indispensables pero sin llegar a incurrir en los supuestos judiciales definidos y penados por el Código Penal Español.

RAFAEL DE PINA.-- Para el Maestro De Pina, "La patria potestad 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 salvaguardarlos en la medida necesaria". (21).

El Profesor en la definición que nos da, afirma que -- hay un conjunto de facultades, no así que haya también deberes, sino supone que pueda haberlos o no. Veremos más adelante cómo el Maestro se retracta en dicha aseveración; ya que el desempeño de la misma, acarrea siempre al que la ejerce facultades o derechos y deberes u obligaciones.

BONNECASSE, eminente jurista francés, nos dice: "La patria potestad es el conjunto de prerrogativas y obligaciones --

(20) Valverde Calixto. Derecho Civil Español. T.IV. Pág. 470 - 2a. Edición 1921.

(21) Rafael de Pina. Derecho Civil Mexicano. Pág. 375. Ed. 1956.

legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, - parcialmente, a los ascendientes, y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores, considerados, tanto en -- sus personas como en sus patrimonios". (22)

Esta noción es muy amplia y forma un contraste con la -- que ordinariamente dan todos los autores refiriéndose al padre y a la madre únicamente.

Desde luego, adviértase que la hoy patria potestad no -- corresponde a la concepción antigua de un conjunto de pre-- rogativas en favor de los padres; es, por el contrario, una -- obligación, en el sentido verdadero del término, a cargo de los padres, y en favor de los hijos, cuyo objeto es la educación -- de estos. Nótese, igualmente, que la patria potestad está liga -- da a la noción de la minoría de edad. Ciertamente es que el artícu -- lo 371 del Código Civil Francés, declara que el hijo, cualquie -- ra que sea su edad, debe consideración y respeto a sus padres; pero este concepto pertenece más a la moral que al propio dere -- cho.

El fundamento jurídico lo encontramos en el artículo -- 372 del mismo ordenamiento, que a la letra dice: "El menor per -- manece sometido a la autoridad de sus padres hasta su matrimo -- nio o emancipación".

Actualmente en el derecho positivo francés, solamente -- se habla de patria potestad cuando ambos padres viven, y res -- pecto a los hijos legítimos. Al morir uno de ellos subsiste la patria potestad; pero disminuyen sus derechos, y pasa a coexis -- tir con la tutela.

CRITICA.- Todas las definiciones que hemos recogido -- han sido criticadas por emplear la expresión "patria potestad" -- ya que la misma origina la falsa idea de que es ejercida solo -- por el padre, cuando en verdad corresponde, al mismo tiempo, --

(22) Bonnacase. Elementos de Derecho Civil. T.I. Pág. 427. -- Edic. 1945.

al padre y a la madre y subsidiariamente a los ascendientes.

Por esta razón se ha propuesto llamarla "autoridad de los padres", vocablo que designaría con más exactitud esta -- institución que la expresión tradicional.

Las definiciones de Colín et Capitan y de Josserand-- son incompletas, puesto que solo hablan de la patria potestad como conjunto de derechos, como si se tratara de un poder absoluto, siendo que ésta acarrea obligaciones y cargas para -- quienes la ejercen, presentando el aspecto de una relación jurídica bilateral, y es que no debemos considerar la patria potestad como una prerrogativa de la paternidad, que en todo caso sería renunciabile, sino que, como afirma el Doctor Felipe-- Sánchez Román, (23) como una función, a cuyo ejercicio tienen derecho y están obligados los padres, a la que viven sometidos los hijos, completándoles su personalidad jurídica y su-- pliendo su defectuosa capacidad de obrar.

Agrega Valverde, que el padre, como máxima autoridad, puede corregir a sus hijos, pero como quedó dicho anteriormen-- te, sin llegar a violar los preceptos del Código Penal.

Ahora bien, si algún reproche hubiese, sería que tanto Colín et Capitan como Josserand, al igual que Valverde, -- afirman que la patria potestad se concede sólo al padre y a -- la madre, quedando excluidas de su ejercicio todas las demás -- personas, siendo que corresponde subsidiariamente a los ascen-- dientes en ambas líneas.

Además, la definición de Valverde es sumamente vaga y-- general, ya que no indica en qué consisten esos derechos y --- esos deberes que califica de complejos, ni si los mismos se re-- fieren tan solo a las personas o también a los bienes de los -- sujetos a ella.

(23) Felipe Sánchez Román. El Derecho Civil y los Pobres. Tom. IV. Pág. 461.

El Maestro De Pina no nos señala a quién o a quienes se refiere el ejercicio de la patria potestad, no obstante que ese elemento es indispensable para configurar y delimitar cabalmente este instituto.

DEFINICION QUE ACEPTAMOS.- La definición que nos parece más completa y exacta es la de Bonnacasse, excepto que, en nuestro derecho, se ejerce solo por los progenitores y subsidiariamente por los abuelos paternos y maternos, según rezan los artículos 414, fracciones I, II, III y 418 de nuestro Código Civil vigente, mas no por terceras personas además de que debe señalarse que la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores no emancipados.

Finalmente, la definición es incompleta porque solo se refiere a los hijos de matrimonio, en cuyo caso la patria potestad corresponde al padre y a la madre, más no hace mención a los hijos naturales, respecto de los cuales, el derecho mexicano establece que la ejercerá el que primero lo hubiere reconocido (Art. 381 del Código Civil de 1928), o ambos cuando el reconocimiento fuere simultáneo (art. 380 del mismo ordenamiento).

Consecuentemente, tomando como base la definición de tan ilustre tratadista, podemos asentar que: "La patria potestad es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio al padre y a la madre conjuntamente, tratándose de hijos legítimos, o aquel de los progenitores que primero hubiere reconocido al hijo natural, o a ambos, cuando el reconocimiento fuere simultáneo, y subsidiariamente en uno y otro caso a los abuelos paterno y maternos, tanto en sus personas como en sus patrimonios". (24)

Ahora bien, las diversas legislaciones estudiadas no nos dicen claramente cuales son los derechos y obligaciones de los que ejercen la patria potestad, ni cuales son las garan---

tías o defensas que tienen los sometidos a ella.

El derecho del hijo solo se reconoce en teoría y de hecho está a discreción de la ignorancia y de la ceguedad de los padres. Ellos son los que educan al hijo con un poder absoluto y en ocasiones el menor se ve en el más completo abandono, siendo el Estado el que se entiende de su cuidado y educación; cuyo espíritu ciertamente que no es de libertad.

Al reclamar para el hijo la intervención del Estado, no quiere dar a entender que éste ejerza sobre él esa autoridad absoluta que al padre estamos disputando. No, el hijo no puede pertenecer nunca al Estado, como tampoco es propiedad de los que le dieron la vida; se pertenece a sí mismo. Su individualidad es la que debe desenvolverse; en ese sentido se necesita que la más absoluta verdad presida la enseñanza el hijo no debe ser educado conforme a una doctrina liberal como tampoco verse condenado por ideas de los padres o dogma alguno.

Moralmente ¿puede dirigirse el mismo reproche a nuestra legislación? ¿qué es del derecho del hijo, cuando los padres abusan de su autoridad? Nuestro Código enmudece a estas preguntas.

Esto equivale a llamar la atención a nuestros legisladores sobre las reformas que sería conveniente introducir en nuestros Códigos y Leyes vigentes.



CAPITULO V

LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD POR  
DEFECTO EN LA EDUCACION DE LOS ME-  
NORES.

La pérdida de la patria potestad por defecto en la educación de los menores.- Al dar el concepto de patria potestad afirmamos que ya no es el poder arbitrario de un individuo respecto de otro, sino que es más bien poder subordinado al fin superior de la familia, en que se encuentra interesada la co-lectividad y que el Estado tiene también interés en asumir como propio, con miras a procurar el bien común, que es uno de sus fines. De lo dicho, resulta entonces que el investido del poder que entraña el ejercicio de la patria potestad, es una persona jurídicamente llamada al ejercicio de una función cuyo contenido nos indica cual es la posición del padre o del tutor legítimo en la familia.

De ahí también que la patria potestad no pueda considerarse absoluta, en el sentido de que deba ser ejercida ineludiblemente por los padres o los abuelos, pues actualmente ya no está organizada en favor de quienes la ejercen, sino en favor de los menores sujetos a ella, cuyos intereses morales y económicos están comprendidos en ese interés superior de que antes hablamos.

Por tanto, cuando los encargados de la potestad paterna no efectúen las funciones inherentes a su investidura, con miras a dejar satisfecho al interés familiar, puede y debe el Estado privarles de su ejercicio, para concederlo a las personas más avocadas, que racionalmente electas entre los parientes -- más próximos originan la institución de la tutela legítima.

El control de la patria potestad se ha hecho históricamente en forma muy lenta, en Grecia y Roma no se podía perder, pues como hemos visto, fué considerada en sus legislaciones como un poder organizado exclusivamente en interés del padre, -- que si bien puede suspenderse o terminar, en ningún momento es susceptible de perderse.

Pero con motivo de la influencia que el Derecho Germánico y el Canónico ejercieron en el Derecho Romano, se fueron --

umentando sus limitaciones hasta que llegó a configurarse la posibilidad de perderla en las diversas legislaciones que derivaron de aquellos.

El Código de Napoleón no previó en un principio el abuso de la patria potestad y por consiguiente no tomó las providencias necesarias para proteger al hijo de ese abuso, abandonándolo en manos de padres que en muchas ocasiones se condujeron criminalmente, con grave detrimento de la doctrina individualista. Durante mucho tiempo la única defensa de esos hijos fué la intervención de los tribunales, que se reconocieron a sí mismos el derecho de hacer valer su autoridad contra los abusos de padres indignos, pero cuando se vió que esa arma ostensiblemente insuficiente, el legislador comenzó a inflingir golpes sistemáticos a la antigua inviolabilidad de la patria potestad, que se repitieron sin orden ni concierto ya que las diferentes disposiciones dictadas se yuxtaponen e interfieren, convirtiendo la materia en una de las más complicadas del derecho francés. (25).

Fué la ley de 24 de julio de 1889, (26) dictada en protección de los hijos maltratados o moralmente abandonados, la que vino a corregir la omisión, estableciendo la posibilidad de la pérdida de la patria potestad; desgraciadamente el mecanismo de sus disposiciones fué complicado y difícil, como el de muchas otras de la legislación francesa de esa época, y el fruto que produjo no fué todo lo óptimo que era de esperarse.

Estableció que la pérdida debía ser obligatoria o facultativa para el Tribunal, según la responsabilidad que resultara a los padres; pero con suma rigidez dispuso también que implicaba la privación de todas las prerrogativas de la patria potestad, abarcando a todos los hijos de la persona --

(25) Marcel Planiol y Jorge Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Pág. 387.

(26) Julián Bonnecasse, La Filosofía del Código de Napoleón - aplicada al Derecho de Familia. Pág. 314.

afectada, fueran presentes o futuros y aún los habidos de un matrimonio ulterior.

Pero el legislador francés ya se encontraba preocupado por la necesidad de regular materia tan importante, para corregir sin duda los vicios en que cayeron los padres en relación con la persona y bienes de sus hijos, y los errores y omisiones de los legisladores anteriores.

Se dicta entonces la Ley del 19 de abril de 1898 (27),-- destinada a proteger menores víctimas de los delitos cometidos por sus progenitores, que permitió al Juez decretar la privación parcial de la patria potestad, reduciéndola al simple ejercicio del derecho de guarda, únicamente respecto del hijo víctima del delito. Luego se expide la Ley de 3 de abril de 1903 que reprime la trata de blancas, condenando a sufrir la pérdida de la patria potestad al padre o a la madre culpables de corromper al hijo, en lo que se refiere precisamente a este.

El 6 de abril de 1910, (28) se dicta otra ley con miras a organizar la administración de los bienes de los menores, -- que implanta la protección de los descendientes en un sistema que tiene como base las facultades concedidas al padre por legislaciones anteriores y el mecanismo establecido en la tutela.

Por el contenido de las disposiciones de las leyes mencionadas, con las que se pensó a subsanar las omisiones del Código de Napoleón, claramente puede entenderse que no era la filosofía individualista de éste, la que padecía de esa rigidez que se le atribuye y que le ha procurado tantas críticas.-- La Ley de 24 de julio de 1889, tenía un mecanismo difícil y complicado que la tornaba poco manejable y aún sin insistir demasiado sobre sus inconvenientes, puede decirse que en cierta forma el remedio resultó peor que la enfermedad, por lo que hubo

(27) J. Bonnacasse. Obra citada. Pág. 325.

(28) *Ibidem*, Pág. 376.

de dictarse la Ley de 15 de noviembre de 1921, (29) que atenuó las deficiencias de aquella y vino a demostrar que la filosofía del Código de Napoleón no es tan rígida como se piensa, y por su naturaleza es susceptible de lograr una eficaz protección del individuo.

Esta ley, mucho más flexible, dispuso que tomando en cuenta las circunstancias, se pudiera privar a los padres de todos o de parte de sus derechos que tienen su fuente en la patria potestad, y que esa pérdida sería susceptible de comprender a alguno, o a todos los hijos. Puntualmente en su artículo 26 dispone que debe privarse de la patria potestad: "Al padre y madre que comprometan por maltrato, por malos ejemplos de embriaguez habitual o de notoria mala conducta por falta de cuidados o falta de dirección necesaria, la salud, la seguridad o la moralidad de sus hijos o de uno o varios de estos". (30).

Indudablemente la sociedad francesa en 1921 ya confrontaba los mismos problemas de deficiencia en la guarda y educación de los menores, que ahora resentimos nosotros, y de ahí la disposición tan precisa de la Ley, que ha visto una causa de privación de la potestad, en la falta de dirección necesaria a la que debe agregarse forzosamente la inmoralidad de esa dirección. En realidad la disposición nos parece insuficiente pues no determina si la privación debe atender únicamente a mala dirección ocasionada por malos ejemplos, o también a las abstenciones de que antes hablamos y que también producen una mala dirección por defecto, que no tiene su base en la falta de moralidad de los padres personalmente considerados, creemos que debió abarcar ambos aspectos y aún otros, pues la preocupación debe constituir el peligro a que queda expuesto el hijo atacando con eficacia la causa que lo produzca.

La propia ley de 15 de noviembre de 1921 ya dispone ---

(29) J. Ponnetasse. Obra citada, Pág. 315.

(30) Marcel Planiol y Jorge Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Pág. 394.

que, en caso de pérdida de la patria potestad de pleno derecho por parte del padre, la madre o los parientes que enumera en su artículo tercero, podrán ocurrir al tribunal competente el que decidirá si en interés del hijo debe aquella ejercer los derechos inherentes a la patria potestad, conforme lo dispone su artículo 4to. Pero que cuando un Tribunal represivo dicte condena ordenando tal privación, podrá resolver en la sentencia sobre la persona que deba entrar al ejercicio de la patria potestad.

Para el caso de privación facultativa de todos o de parte de los derechos del padre, dispone igualmente que el Tribunal que la decreta determinará en su resolución los derechos de la madre sobre los hijos nacidos o por nacer; agregando, -- que si el padre privado de la patria potestad contrae un segundo matrimonio, la nueva esposa pueda en caso de supervivencia de hijos, solicitar al Tribunal que se le atribuya la patria potestad sobre los mismos.

Tanto la Ley de 1889 como la de 1921 disponen que se -- organice la tutela legítima al decretarse la privación de la patria potestad, estableciendo que cuando el condenado fuera el padre y si hubiere privado igualmente de la patria potestad o no se le concediere su ejercicio, el Tribunal decidirá si la tutela debe organizarse de acuerdo con las disposiciones del derecho común, que la hace recaer únicamente en la persona de las ascendientes. (31).

El Código Civil Suizo en su artículo 284 permite privar a los padres del derecho de guarda de la persona del hijo para entregarle a una familia o a un establecimiento tutelar, cuando no atiendan debidamente su desenvolvimiento físico o intelectual o descuiden el aspecto de su dirección moral. (32) Como considera la tutela como una función pública, no la basa en los vínculos familiares, de tal suerte que no impone a los pa-

(31) Julián Bonnescasse, Elementos de Derecho Civil. Pág. 424.

(32) Luis Fernández Clérigo. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Pág. 331.

dres la persona del tutor, dejando a las autoridades un amplio margen para hacer su designación. (33).

Sin embargo, su artículo 285 decreta la privación de la patria potestad, respecto de padres incapaces, interdictos o culpables de grave abuso de autoridad o de negligencia grave - en cuyo caso, si es el padre el privado, se transmitirá a la madre, y si lo fueren ambos, se nombrará un tutor.

En este Código la privación de la patria potestad no tiene carácter definitivo, aunque dispone que los efectos de esa pérdida se extiendan a todos los hijos nacidos, desde que se decrete; pues establece la posibilidad de que una vez desaparecidas las causas que la produjeron y pasado un año desde que se declaró firme la sentencia, puedan los padres pedir su restitución. (34).

Notamos que en los Códigos Suizo y Francés hay una tendencia a no establecer una distinción precisa entre la pérdida y la suspensión de la patria potestad, lo que se presta a confusiones; además, el primero permite que sea resumida nuevamente por el ascendiente a quien se privó de ella, disposición -- que si consideramos benéfica, pero que quien sabe si pudiera dar resultado positivo en nuestro medio, que es menos civilizado.

El Código Portugués no contiene disposición concreta de ninguna especie en relación con la pérdida de la patria potestad, pues habla únicamente en sus artículos 168 y 170 de su -- suspensión e interrupción, estableciendo una causa de extinción de pleno derecho por condena del padre, que suponga la interdicción perpetua, que se podría equipar por los motivos que la originan a causa de pérdida de la patria potestad. Las otras causas de extinción que menciona son las normales. (35).

(33) L. Fernández Clérigo. Obra Citada. Pág. 361.

(34) Iden. Págs. 331-332.

(35) Iden. Pág. 333.

Dispone que la tutela legítima de los menores recae en los abuelos paterno y materno llamados por su orden, en los demás ascendientes en línea directa, con preferencia de la paterna, y en los colaterales hasta el cuarto grado. (36).

El Código Argentino en la fracción tercera de su artículo 307, prevee el caso de pérdida de la patria potestad -- por dar el padre o la madre a los hijos consejos o ejemplos corruptores, o colocarlos dolosamente en peligro material o moral; ordenando en otra disposición que para el caso de que se decrete dicha pérdida respecto del padre, pasará a ejercerla la madre; pero si fueren ambos los condenados, el hijo quedará a cargo del Patronato de Menores, nacional o provincial. (37).

A pesar de esta última disposición, el Código que comentamos regula la tutela legítima en su artículo 390-424, para el caso de que no se haya designado tutor testamentario, -- la hace recaer por su orden: I.- En el abuelo paterno. II.-- En el abuelo materno. III.- En las abuelas paterna y materna, si se conservan viudas. IV.- En los hermanos varones, -- prefiriéndose a los de mayor edad y a los de doble vínculo, -- y aún queda previsto que de entre todos los llamados, el Juez confirmará el nombramiento al más idóneo para ejercer la tutela. (38).

Como vemos la legislación argentina tiene peculiaridades que no encontramos en otras, por lo que nos parece una de las más avanzadas en materia de protección civil de menores tanto por sus disposiciones en materia de patria potestad y tutela, como porque cuenta para el control del ejercicio de ambas instituciones con los Patronatos Nacionales Provinciales de Menores y además porque tiene establecido el --

(36) Idem, Págs. 358, 359.

(37) Idem, Pág. 339.

(38) Idem, Pág. 365.



Ministerio Público Pupilar, productos de su doctrina en esta materia, que es también muy avanzada y cuidadosa.

El Código Civil Español establece en su artículo 169 dos casos de pérdida de pleno derecho de la patria potestad, en caso de que sea decretada por sentencia firme que verse sobre ella y por sentencia firme dictada en juicio de divorcio, que así lo declare mientras duren sus efectos.

El artículo 171 determina que se podrá privar de la patria potestad o suspender su ejercicio, a los padres que traten a sus hijos con dureza excesiva, o si les diesen órdenes, consejos o ejemplos corruptores. Realmente no contempla este Código la posibilidad de descuido en la educación, de los hijos y la falta de dirección moral, como causa de la pérdida de la patria potestad.

Instituye la tutela legítima, el mismo Código Civil Español en forma similar al Código Argentino. (39).

Del estudio realizado en los códigos que acabamos de mencionar, podemos concluir que ninguno regula en forma precisa y adecuada la pérdida de la patria potestad por falta de cumplimiento de los padres a las obligaciones de guarda, educación moral, intelectual y física de sus descendientes. El Código Suizo y el Argentino parecen ser los más cuidadosos en esta materia, pero sin embargo dejan muchos vacíos y dudas. Las leyes francesas, que hemos detallado con esmero, nos dejan del Código de Napoleón, modificando y renovando sus disposiciones a través del tiempo, según los fueron requiriendo los cambios que experimentó el grupo social; pero nos parece que fueron muy acertadas y que a la fecha padecen de ausencia de las ideas modernas respecto a la educación, guarda y orientación de los menores.

El Código Civil Mexicano de 1870 estableció en su artículo 416 que la patria potestad se perdía cuando el que la ejerciera era condenado a alguna pena que importara la pérdida de-

ese derecho y en los casos de divorcio, cuando uno o ambos -- cónyuges hubieran sido considerados culpables, en cuyo supuesto, el ejercicio de la patria potestad pasaría al cónyuge inocente o se abriría la tutela legítima, respectivamente; y en defecto de esta última, la dativa. (Artículos 268, 546, 547, 555 y 556.)

En el supuesto de que la condena de que habla dicho artículo debe recordarse que el Código Penal imponía la pérdida de la patria potestad a los padres o abuelos que abandonaran o expusieran a sus descendientes menores de siete años en lugar solitario, o cuando siendo menores de esa edad los entregaran a una casa de expósitos. (Artículos 615, 616 y 625 del Código Penal de 1870).

Imponía también en forma accesoria, el citado Código Penal, igual privación cuando los ascendientes mencionados cometieran delitos de corrupción o violación en la persona de sus vástagos. (Artículos 801 y 806).

En los casos en que uno de los cónyuges fuera condenado por sentencia civil a perder la patria potestad, su ejercicio pasaba como hemos dicho, al cónyuge inocente; pero si este moriría, el privado podía recobrarla nuevamente, únicamente cuando el divorcio se hubiera decretado: 1.- Por la incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no fuera de incontinencia carnal. 2.- Por el abandono del domicilio conyugal sin causa justificada por más de dos años. 3.- Por sevicia de un cónyuge respecto del otro. (Artículos 271 y 240 Fracciones III, V y VI).

El propio Código establecía otra causa facultativa de pérdida de la patria potestad en su artículo 417, que es respecto de la cual hemos tratado de sostener el eje de este estudio; el disponer que los Tribunales podrían privar de ella a los padres o modificar su ejercicio, en caso de que trataran a los hijos con excesiva severidad, no los educaran, les impusieran preceptos inmorales o les dieran ejemplos corruptores.

Cómo echamos de menos ahora esa excesiva severidad que reprimía el legislador de 1870. Huyendo de ella hemos caído en el extremo contrario, pues quedando como ha quedado el ejercicio del deber de guarda y educación de los menores casi al completo arbitrio de los padres y sufriendo estos el impacto de la vida actual, que se traduce en una aplicación de la teoría del menor esfuerzo a la lucha del individuo para vencer el medio ambiente, siempre que de esa lucha no deba obtenerse una ventaja económica, una gran mayoría de ellos carece ya del impulso interno que debía moverlos a guardar, dirigir y educar concienzudamente a sus descendientes, por lo que es necesario que el Estado dicte normas de Derecho imponiéndoles tal obligación en forma precisa y detallada.

Estableció este Código también, que la madre o abuela -- que dejaren de oír el dictamen del consultor o consultores, -- que el padre estaba autorizado para nombrar testamentariamente para seguridad del hijo, podrían ser privadas de la patria potestad en juicio contradictorio, con audiencia del Ministerio Público, debiendo abarcar dicha privación toda la autoridad -- que ejercieran sobre sus hijos y nietos, respectivamente, a -- instancia de dichos consultores; pero el acto en que hubieran omitido el mencionado dictamen no se anularía por ese solo motivo. (Artículo 423).

El artículo es obscuro y confuso, pero hay que hacer notar que dispone que la madre o abuelas podrán ser privadas de la patria potestad y no que serán privadas, lo que podría significar que el arbitrio del Juez debería decidir si dicha privación debería surtir efectos, tomando en cuenta la importancia del negocio o la falta de ella.

Ya antes hemos dicho que el artículo 424 del ordenamiento que comentamos, concedía a la madre, a los abuelos y abue-- las la opción a renunciar su derecho al ejercicio de la patria potestad o a esta, lo que evidentemente equivalía a su pérdida debiendo en tal caso entrar a ejercerla las otras personas ---

llamadas, por su orden, o en su defecto abrirse la tutela legítima conforme a derecho, con la circunstancia de que una vez renunciada la patria potestad, no quedaba al renunciante la posibilidad de recobrarla. (Artículo 425).

La madre o abuela viudas que dieran a luz un hijo ilegítimo, también perdían la patria potestad según el artículo 426 - del Código que venimos comentando, lo que también acontecía en caso de que contrajeran segundas nupcias (Art. 427), con la circunstancia también de que si volvían a enviudar recobraban los derechos perdidos, con excepción de lo dispuesto respecto de bienes sujetos a reserva. (Art. 429).

El Código Civil de 1884 reprodujo en su artículo 389 las disposiciones del 416 del Código anterior, estableciendo las dos hipótesis, de pérdida de pleno derecho y pérdida facultativa que contenía; pero en su artículo 248 equivalente al 271 de aquel, aclaró que si el divorcio había sido decretado por causa de enfermedad, el cónyuge que lo hubiera motivado no quedaría privado de la patria potestad, como caso de excepción a la generalidad que el otro creaba.

reprodujo también en su artículo 245 al 268 del de 70, - disponiendo igualmente que en caso de pérdida de la patria potestad y a falta de cualquiera de los ascendientes llamados a su ejercicio, debía abrirse la tutela legítima con las variaciones que ya hemos indicado al estudiar esta institución. --- (Artículos 446, 447 y 458).

Modificó también con acierto a nuestro ver, en su artículo 248 del que ya hemos hecho mención, los motivos para que - muerto el cónyuge inocente recobrara el ejercicio de la potestad paterna el culpable, pues este artículo remite a las fracciones VII, VIII y XII del 227 que con muchas modificaciones - equivale al artículo 240 del Código de 70. Los motivos que señaló para que se realizara el supuesto indicado son: que el divorcio se hubiera decretado: 1o.- Por la sevicia, amenazas o -

las injurias graves de un cónyuge respecto del otro. 2o.- Por la acusación falsa hecha por un cónyuge contra otro. 3o.- Por infracción de las capitulaciones matrimoniales.

Respecto a la guarda, educación y dirección de los hijos el artículo 390 es una fiel reproducción del 417 del Código anterior, por lo que repetimos aquí los comentarios que dedicamos a dicho artículo.

Reprodujo en su artículo 396 las disposiciones relativas a la pérdida de la patria potestad respecto de la madre o abuela que no oyeran el dictamen del consultor o consultores, exactamente en la misma forma que lo disponía el artículo 423 del Código anterior.

Asimismo, su artículo 397 estableció en favor de las abuelas, la misma posibilidad de renuncia al derecho de patria potestad o a su ejercicio, que establecía el 424 del Código de 1870, y la misma imposibilidad de recobrarla que contenía el 425 de aquel ordenamiento, estuvo implícita en su artículo 398.

Su numeral 399 que substituyó al 426 del ordenamiento que le precedió en vigencia, disponía que la madre o la abuela que viviera en mancebia o diera a luz un hijo ilegítimo, perdería la patria potestad, estableciendo las mismas reglas para substituirarla. Respecto a las posibilidades de recobrarla que otorgaba a dichas renunciantes el artículo 429 del Código de 1870, las reprodujo en su artículo 402, suprimiendo la disposición de aquel respecto a los bienes sujetos a reserva.

Notamos pues, que ya hay algunas diferencias de importancia en este Código en relación con el anterior, pero no un avance doctrinario, lo que quizá se debió a los acontecimientos históricos que entonces sacudieron a la nación mexicana.

Por su parte, la Ley de Relaciones Familiares comparada con el Código de 1884, en la materia que nos ocupa, acusa las siguientes reproducciones y modificaciones:

Resumió en su artículo 260 las dos fracciones del 389 del Código, no modificando más que los números de los artícu--

los a que aquel remitía, que en este caso vienen a ser el 94 y 99. Su artículo 94 reprodujo el 245 del Código de 84, con la diferencia de que en vez de especificar los numerales que regulan la tutela legítima, ordena que si no hay ascendientes en quien recaiga la patria potestad, se provea a la tutela conforme a la Ley.

Substituyó con su artículo 97 el 248 del Código, ordenando como éste, que el cónyuge que diera causa al divorcio perdería todo su poder sobre la persona y bienes de los hijos mientras viviera el cónyuge inocente, pero que los recobraría muerto éste, si el divorcio se hubiera decretado por las causas -- VI, VII, VIII y IX, contenidas en su artículo 76. Dichas causas son las siguientes: 1a.- La ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio. 2a.- La sevicia, las amenazas o injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que estos y aquellas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común. 3a.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge -- contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión. 4a.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro -- mayor de dos años.

El artículo 261 de la Ley de Relaciones Familiares es -- una fiel reproducción del artículo 390 del Código Civil para -- el Distrito y Territorios Federales (de Baja California) que -- también este artículo es copia del 417 del Código de 1870, --- (40). lo que quiere decir que en cuarenta y siete años no encontró el legislador motivos de importancia para modificar las disposiciones sobre guarda, educación y dirección de los hijos o que por circunstancias históricas apremiantes no le fué posible estudiarlas.

Síntoma de evolución en la Ley de Relaciones Familiares, es la supresión que hizo en su articulado del numeral 396 del (40) Código Civil del Distrito y Territorio de la Baja California, México. Imprenta dirigida por José Batiza 1870).

Código de 84, que disponía que la madre o abuelas que no oyeran el dictamen del consultor o consultores nombrados por el padre, perderían la patria potestad.

Introdujo otro adelanto de consideración y trascendencia al evitar que la madre pudiera renunciar su derecho a la patria potestad o su ejercicio, en su artículo 264 que suplió el artículo 397 del Código: dejando subsistir las disposiciones que este contenía respecto de los abuelos y abuelas, y ordenando en su artículo 265 que el ascendiente que renunciara a la patria potestad no podría volver a recobrarla, igual que lo hacía el Código en su numeral 398.

Pero a pesar de todo, no pudo eludir el prejuicio absurdo contenido en el artículo 399 del Código de 84, sino que lo desarrolló en forma más clara en su artículo 266, que disponía por una parte, que la madre o abuela viudas que ejercieran la patria potestad, perderían el derecho a ella, si vivieren en manebria o dieran a luz un hijo ilegítimo; y por la otra, que ambas ascendientes no tendrían derecho a entrar al ejercicio de dicha potestad, si los supuestos mencionados hubieren tenido lugar antes de entrar al ejercicio de tal derecho. Olvidó el legislador de 1917 que la familia mexicana se forma en una gran mayoría de casos, por concubinato, para ceñirse a los preceptos de una moral obscurantista.

Su artículo 267 es copia fiel de 400 del Código que establecía que la madre o abuela que pasara a segundas nupcias perdería la patria potestad y que se abriría la tutela de acuerdo con la ley, si no hubiere persona a quien confiarla.

Igualmente estableció en su artículo 269 que si la madre o la abuela que hubieran contraído segundas nupcias, enviudasen recobrarían la patria potestad perdida, tal como lo ordenaba el artículo 402 del Código de 1884.

Dos son las reformas capitales que introduce la Ley de Relaciones Familiares respecto de la legislación anterior, en la-

materia que venimos tratando, la primera es la supresión del derecho que tenía el padre, de nombrar uno o varios consultores a la madre y a las abuelas que entraran al ejercicio de la patria potestad, que no tenían más fundamento a nuestro ver, que la idea tradicionalmente establecida de la inferioridad del sexo femenino, de que el legislador de 1917 se apartó pensando ya en la igualdad de los sexos. La segunda reforma consiste en haber privado a la madre de la facultad de renunciar su derecho a la patria potestad o su ejercicio, que constituía una verdadera aberración jurídica, ya que nadie piensa actualmente, que una madre pueda preventivamente renunciar al derecho de ser investida de funciones familiares que constituyen al mismo tiempo deberes ineludibles, pues el particular no puede disponer a su antojo del interés familiar. No digamos eso, estimamos que tampoco debe admitirse la renuncia a atributos accesorios de esas funciones, como por ejemplo: el deber-derecho de educar, guardar, administrar, representar, consentir, autorizar, etc.

Con lo anterior no queremos decir que, en caso de no estar el investido de la función en situación de ejercerla útilmente, no se le pudiera excusar de efectuarla, pero ello, mediante determinados requisitos procesales, sin que en ningún caso se pueda tener una renuncia a las funciones familiares, como eficaz por sí misma.

El Código Civil de 1928 regula la pérdida de la patria potestad, en su artículo 444, 445 y 446 en forma más cuidadosa y con mayor libertad de criterio que las anteriores legislaciones examinadas.

En la fracción primera de su artículo 444 dispone que la patria potestad se pierde, cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves. El primer supuesto encuentra su complemento en los confusos artículos 202 y 203 del Código Penal, (40) el primero de los cuales establece la prohibición de emplear a menores de dieciocho años en canti---



nas, tabernas y centros de vicio, la pena de prisión que puede ser de tres días a un año, multa de veinticinco a quinientos pesos y cierre definitivo del establecimiento en caso de reincidencia. Dispone también que las mismas penas se apliquen a los padres o tutores, que consientan que sus hijos menores bajo su guarda, se empleen en los referidos establecimientos. El artículo 203 agrega expresamente que la sanción que señala el anterior, se aumentará con la privación de todo derecho a los bienes del ofendido y de la patria potestad, cuando el delincuente sea ascendiente, padrastro o madrastra del menor.

Contiene también una disposición expresa en el mismo sentido el artículo 335 del Código Penal, que dispone que al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, si no resultara daño alguno, privándolo además de la patria potestad o de la tutela si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido.

Otra causa de pérdida de la patria potestad está contenida en el artículo 336 del mismo Código Penal, que ordena que sin motivo justificado abandone a sus hijos, a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión y privación de los derechos de familia.

Una causa más la establece el artículo 343 del propio Código que venimos mencionando, que dispone que los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos un niño que esté bajo su potestad, perderán por ese solo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito; entendemos que sin perjuicio de las sanciones que determina el artículo 342 del mismo Código.

En el segundo supuesto contenido en la fracción primera del artículo 444 del Código Civil, que se refiere a la pérdida de la patria potestad, cuando el que la ejerce es condenado a dos o más veces por delitos graves, quedan comprendidas las --

condenas penales a que se haga acreedor, por cualquiera de los delitos sexuales cometidos contra la persona de sus descendientes, que en el Código Penal anterior se castigaban expresamente con la pérdida de la patria potestad, además de las correspondientes sanciones corporales y económicas. El actual Código Penal no se refiere a esta pérdida.

La fracción segunda del artículo 444, contempla los casos de pérdida de la patria potestad motivados por divorcio de biéndose tomar en cuenta lo dispuesto por su artículo 283 que establece tres reglas a este respecto.

En la primera de esas reglas, ordena que cuando el divorcio se decreta por adulterio debidamente comprobado de uno de los cónyuges; porque la mujer dé a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato y que sea declarado ilegítimo; por la propuesta del marido para prostituir a la mujer, cuando la haya hecho directamente y cuando ha ya recibido dinero o cualquiera remuneración expresamente para permitir que otro tenga relaciones carnales con ella; por la incitación a la violencia de un cónyuge al otro, para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; por los actos inmorales de cualquiera de los cónyuges, realizados con ánimo de corromper a los hijos, así como la tolerancia de esa corrupción, por la separación de cualquiera de los cónyuges del domicilio conyugal, por más de seis meses sin causa justificada; por haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político pero que sea infamante, por el cual tenga que purgar prisión de más de dos años; y, por los hábitos de juego embriaguez o el uso persistente e indebido de drogas enervantes, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal; ordena, decimos, que cuando el divorcio se decreta por cualquiera de esos motivos, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable; pero si los dos fueren culpables, la ejercerá el ascendiente a quien corresponda y si no lo hubiere se nombrará tutor.

Queremos hacer notar que el legislador de 1928 consideró erradamente en la segunda de estas causas, que el matrimonio es un contrato, consideración que en la época en que el Código se dió a conocer provocó descontento, comentarios y revuelos porque está en pugna con la consideración de la Iglesia que estima constituye un sacramento; ya hemos demostrado que la moderna doctrina sobre el Derecho de Familia, estima que tampoco es un contrato, por las razones que en otra parte de este trabajo expusimos. (41).

Desearíamos analizar cada una de las causas de divorcio que originan pérdida de la patria potestad en el artículo que estudiamos, para demostrar que además de otras, queda encerrada en ellas la idea del legislador de proteger la orientación moral de los hijos y su formación, al mismo tiempo que da protección inmediata al ente familiar; pero esto alargaría más todavía este trabajo, por lo que, nos conformamos con apuntarla, y llamar la atención hacia ella.

La segunda regla del artículo 283, dispone que, cuando el divorcio se sentencia por la separación del hogar conyugal, originada por una causa eficiente para pedirlo, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda respectiva; o por la declaración de ausencia legalmente hecha, o la perspectiva; o por la presunción de muerte en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga procedente la primera; o, por la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro; o por la negativa de los cónyuges a darse alimentos de acuerdo con lo que dispone su artículo 164 que no es necesario comentar, siempre que no se puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 165 y 166 que tampoco es necesario que comentemos; o por que un cónyuge cometa contra la persona o los bienes del otro, un acto que tratándose de persona extraña sería punible, siempre que tenga señal de una pena mayor de un año de prisión; en todos estos caso el cónyuge culpable perderá la patria potestad, conservándola el inocente, pero a su muerte, el primero (41) Supra, Pág. 23 y sgs.

ro la recuperará. En el caso de que ambos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la potestad paternal, recayendo esta en el ascendiente a quien corresponda, pero si no los hubiere se nombrará un tutor, y a la muerte de cualquiera de los padres, recobrará su ejercicio el que sobreviva.

La tercera regla establece, que en los casos en que el divorcio se decreta por padecer uno de los cónyuges sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea contagiosa o hereditaria, o por la impotencia incurable que sobrevenga al marido después de celebrarlo; o también porque cualquiera de los consortes padezca enajenación mental incurable: los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de los hijos.

La tercera fracción del artículo 444 del Código Civil de 1928, proclama que, cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal, también se perderá la patria potestad. Hemos llegado pues, a la disposición del Código Civil vigente que más se acerca al fin que perseguimos, pero sin comprenderlo.

Es una acertada disposición la que indica que cuando los padres tengan costumbres depravadas que pudieran comprometerse la salud, la moralidad o la seguridad de los hijos, deben perder la patria potestad sobre ellos. Esas costumbres estarían constituidas siempre por actos positivos que no habría dificultad en probar, pero el caso de estos padres no es tan numeroso en nuestra sociedad, para que pensemos que a ellos se deben los que si son muy numerosos casos de pandillerismo juvenil: de jóvenes de ambos sexos afectos a bebidas alcohólicas o a estupefacientes, con todas las consecuencias de esa -

afcción; de muchachos y muchachas apenas salidos de la adolescencia que hacen doble vida, aparente deceñcia y dignidad en una y en la otra, dedicadas ellas a la prostitución y ellos a la explotación de mujeres, o a robos, fraudes y estafas más o menos disimulados, ambos. Los ejemplos podrían multiplicarse pero no es necesario pues son de todos conocidos, la prensa, nuestros autores teatrales y los noticieros de radio y televisión se han ocupado ampliamente de ellos.

Otra deficiencia de nuestra juventud es la falta de responsabilidad, que encuentra su origen en el desacierto de la dirección y educación paternas. Ya antes nos hemos referido al problema de personas, que confrontan todos los sectores por este motivo, y podríamos asegurar sin temor a equivocarnos, que es este el origen de todos los males, junto con la falta de posibilidad para distinguir entre el bien y el mal, que a su vez se originan en la falta de dirección moral que los padres deben a sus hijos. Falta de responsabilidad como hijos, como estudiantes en sus relaciones consigno mismos y con sus semejantes, tomados indivudalmente o en sus formas de asociación, y carencia casi absoluta de una ética elemental mínima, son las causas de este mal de nuestra juventud, en que los padres principalmente y junto con ellos todos los que integramos nuestra sociedad, estamos implicados.

También es una acertada medida la que dispone que se debe privar a los padres de la patria potestad, cuando con malos tratamientos pudieran comprometer la salud, la seguridad y la moralidad de sus hijos, pero estimamos que este caso no es común o mejor dicho tan frecuente, como parece en él.

La tercera hipótesis de la regla en estudio, se refiere a los padres que deben perder la patria potestad por abandono de sus deberes, que pudiera comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de sus hijos. Ya hemos visto a través de este estudio que la patria potestad está constituida por un género de deberes de gran amplitud, que podrían agruparse en orden --

decreciente de importancia, en varias especies. La primera y más importante de estas especies, es la que comprende los deberes de los padres respecto a la persona de los hijos y dentro de ella, el deber más importante es el de atender sus necesidades biológicas, esto es, darles casa, vestido y sustento, implícitos en la obligación de proporcionarles alimentos, que establecen los artículos 303 y 308 del Código Civil que además, abarca el deber de darles educación primaria y un oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Se ve que el legislador consideró necesidad vital de los menores, el que tenga educación primaria y un oficio, arte o profesión, ya que la impuso expresamente a los padres junto con las otras tres, que si no se satisfacen en mínima forma, ocasionaría, sobre todo en los primeros años, que el niño perezca; pues es característica de la persona humana la indigencia social, lo que quiere decir que necesita de la sociedad elemental que es la familia, con mayor urgencia que los animales, un becerro, un potrillo, un cachorro cualquiera, pasadas unas horas, o dos cuando más de nacidos, ya pueden tenerse en pie, caminar, correr y buscar por sí mismos el pezón materno. El hombre, sólo hasta muchos meses después de nacido puede hacer lo propio.

Y si en el aspecto material el hombre precisa de la familia para supervivir, también precisa de ella con la misma urgencia en el aspecto espiritual. En el orden psicológico necesita quien le enseñe a elegir sus alimentos, a comer, a vestirse, a asistir a la escuela; luego, con los años, esta indigencia psicológica se transforma en ontológica, necesita ayuda en todos los órdenes de su ser y deviene la indigencia moral, necesita quien le oriente, le de disposiciones, le señale principios, le dicte normas para alcanzar su perfección.

¿Quién debe en principio, dictar al hombre leyes que lo conformen moralmente en sus primeros años, cuando todavía no -

tiene capacidad para conocer por sí mismo la moral social ni el Derecho?. Indudablemente que sus padres si viven y nadie más. Decíamos en otra parte que la educación tiene dos aspectos: el de escolaridad y el moral. El legislador ha previsto en alguna forma, como lo indicamos antes, el primer aspecto; pero el segundo no está especificado en ninguna parte del Código ni en ley alguna; solo se han dictado al respecto vagas disposiciones como las contenidas en los artículos 413 y 422 del Código Civil que comentamos, que son impracticables e -- ilógicas como ha quedado demostrado.

La religión con sus normas sin sanción material, va -- terminando de perder su antigua fuerza para formar moralmente a los hombres, sobre todo en sus primeros años, por razones que no es del caso examinar: entonces, corresponde al Estado hacer mayores especificaciones en forma de leyes, en este aspecto, como lo hemos venido repitiendo, que es el conjunto organizado de las condiciones sociales, gracias a las cuales puede la persona humana cumplir su destino natural y espiritual. (42).

Puede y debe el Estado intervenir en esta forma en los asuntos concernientes a la familia, fundado en las consideraciones que hicimos en los primeros capítulos de este trabajo y en aquellos que estudiamos la materia a la luz del derecho comparado y sus antecedentes históricos; fundado además en -- el libertinaje en que han caído los padres, al abusar de la libertad en que han permanecido hasta ahora para ejercer según su leal saber y entender, los deberes de guarda y educación moral, intelectual y física de sus hijos. Si algún día el Estado hace una intromisión más radical que la que proponemos, en el ámbito de la familia, la culpa será de los padres y de nadie más.

Por tanto, insistimos en que los deberes de guarda y --

(42) Le Sue, Delos, Fudburch, Caryle, Los Fines del Derecho. Bien Común, Justicia, Seguridad=Trad. de Daniel Kuri Breña, - Ed. Jus, México, 1944, Pág. 73, citado por Rafael Preciado -- Hernández, Lecciones de Filosofía del Derecho, Pág. 209, Nota 4.

educación moral, intelectual y física, de los padres respecto de sus hijos, deben elevarse a la categoría de obligación --- constitucional de los mexicanos, en una fracción que se agregue al artículo 31 de la Constitución Política de la República.

Debe agregarse también una fracción más al artículo 444 del Código Civil, que contiene las causas que originan la pérdida de la patria potestad, estableciendo en forma cuidadosa y especificada como motivo de esa pérdida, el que los padres no guarden, ni eduquen moral, intelectual y físicamente a su hijo.

El artículo 444 del Código Civil que no hemos terminado de examinar, especifica como última y cuarta regla, que también es causa de pérdida de la potestad paternal, la exposición que cualquiera de los padres hiciera de sus hijos, o por que los dejen abandonados por más de seis meses, la que también consideramos justísima aunque redundante.

El artículo 445 del propio ordenamiento, monumento de equilibrio jurídico, borra para siempre el error que en tal sentido contenían las legislaciones anteriores, al disponer que la madre o la abuela que pasen a segundas nupcias, no perderán por este hecho la patria potestad; equilibrio que reaffirma el artículo 446, cuando dispone que el nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior.

Creemos que es nuestro deber esbozar en forma breve, la manera cómo en nuestro derecho se substituye la pérdida de la patria potestad, y de ello nos ocuparemos en los siguientes capítulos, aunque sin hacer un análisis profundo, a fin de --- completar en lo posible nuestro trabajo.



## CAPITULO VI.

Sumario:

Efectos de la Patria Potestad.

## EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

"La patria potestad se ejerce sobre la persona y los hijos" (Primera parte del artículo 413 del Código Civil vigente). Consecuentemente, los efectos de esta Institución de vemos analizarlos: en cuanto a la persona de los hijos y en segundo lugar en relación con sus bienes.

Ahora bien, en relación con la persona de los hijos encontramos las siguientes consecuencias: lo.- "Los que ejercen con la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo ella". (Primera parte del artículo 425 del Código Civil de 1928).

El derecho de representación concedido por la ley a quienes ejercen la patria potestad, faculta a los ascendientes para representar también a los hijos en juicio, (art. 427 del Código Civil y 45 del Código de Procedimientos Civiles), "pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo sino es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente" y, "Por los que no se hallen en el caso del artículo anterior, comparecerán sus representantes legítimos, ó los que deban suplir su incapacidad conforme a derecho".

La razón de ser de este precepto salta a la vista, se trata de proteger al menor para evitar que sus legítimos representantes celebren convenios o transacciones en juicio en los que resulten perjudicados sus intereses.

Sobre este particular, el artículo 2946 del mismo --

Ordenamiento colocado dentro de las normas relativas al Contrato de transacción ordena: "Los ascendientes y los tutores no pueden transigir en nombre de las personas que tienen bajo su potestad o guarda, a no ser que la transacción sea necesaria ó útil para los intereses de los incapacitados y previa autorización judicial".

2.- "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". (Art. 421 del Código Civil de 1928).

En nuestro derecho atento lo dispuesto por el artículo 32 del Código Civil vigente, "se reputa domicilio legal: I.- Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto".

Como el padre, según veremos a continuación, tiene el deber de educar al menor e incluso, el incumplimiento de esta obligación puede traer la aplicación de sanciones no solo de carácter civil, como sería la pérdida de la patria potestad, (Art. 444 fracción III) sino incluso penales, (art. 335 del Código Penal vigente), siendo lógico que para que el padre pueda cumplir esta obligación es indispensable que el hijo permanezca a su lado.

3.- "Los padres tienen el deber de educar convenientemente a sus hijos" (artículo 422 del Código Civil de 28).

Aún cuando nuestra ley habla del deber de educar a los hijos debemos estimarlo no sólo como tal, sino también como un poder o una facultad que implica el derecho de corre

gir y castigar a sus hijos mesuradamente. Las autoridades, - en caso necesario, auxiliarán a esas personas, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna."

En primer término debe hacerse resaltar la importancia tan extraordinaria de esta cuestión, pues la sociedad está vivamente interesada en que los padres y en general los que ejercen la patria potestad eduquen a sus hijos impartiendoles toda clase de consejos y de ayuda moral, puesto que la familia es el cimiento sobre el cual se rige toda organización social máxime que vivimos en una época de extremo materialismo, en la cual los valores morales parecen haber sido relegados a un plano secundario.

El incumplimiento de esta obligación, deberá por consiguiente sancionarse severamente, no sólo con la pérdida de la patria potestad como acontece en nuestro derecho vigente, en el artículo 444 fracción III, preceptúa que "La patria potestad se pierde; cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal", sino configurando un delito de carácter penal cuya sanción fuese severa para evitar ese abandono de los padres, pues cómo puede exigirse a un menor que su conducta sea intachable si en su hogar no privan sino los malos tratos, las injurias y los ejemplos más soeces, y él es mudo espectador de la conducta depravada de sus padres. -

He ahí el peligro de la niñez descarrilada, la cual será el día de mañana carne de presidio.

ante esta situación que palpamos día a día, los estudiantes de derecho no podemos permanecer con los brazos -- cruzados, ya que pugnamos por unir nuestros esfuerzos y nuestras voluntades para redimir las lacras en que se debate --- nuestro querido México.

Pero si exigimos a los padres el fiel cumplimiento de sus deberes, también debemos darles los medios para reali--zarlos.

¿Cómo deben cumplir los padres esta obligación? --- Nuestra ley no lo dice y es que no se pueden señalar normas--invariables, en virtud de que ello depende del estado de las costumbres, de la moral de los pueblos y de su grado de civi--lización, al juzgador corresponde pues en un momento dado -- apreciar si los ascendientes han cumplido o no con este de--ber.

Considerando que una de las preocupaciones más hon--das del estado es la infancia abandonada, a la que en forma--inmediata debe dársele ayuda material y moral, porque de --- otro modo continuaría siendo estéril la labor de los tribuna--les para menores y de sus instituciones auxiliares; y que en esta labor de protección a la infancia debe tomar parte la -- iniciativa privada o particular bajo la dirección del Esta--do, ya que se trata de una función de interés público en la--que debe reflejarse la solidaridad social para los menores -- abandonados y para aquellos que desgraciadamente han cometi--do infracciones y que al Estado toca encauzar técnicamente --

esta obra, como la forma más efectiva de prevención de la delincuencia, que de manera creciente mantiene intranquila a la sociedad y que aunque existen instituciones auxiliares y de beneficencia de carácter oficial, para menores que han cometido infracciones y para menesterosos, la población de esos establecimientos aumenta día a día haciéndolos insuficientes y que la cuestión fundamental de este problema, consiste en la externación de los que ya no necesitan el tratamiento reeducativo a que se les sometió y que deben ser reintegrados a la vida social, buscándoles acomodo en las actividades de la comunidad, allanándoles así los obstáculos económicos de su subsistencia, que son en el fondo la causa real por la que -- los menores delinquen.

Y para la realización de tal labor, en México están funcionando desde hace varios años Patronatos para Menores, que estudian y proveen a la resolución de los problemas que se han planteado en los considerandos que anteceden, en todos sus aspectos y de una manera eficaz.

#### FIN, SUSPENSION Y PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

Según la teoría sustentada por los jurisconsultos y sancionada por el Código Civil Mexicano, la patria potestad se acaba, se suspende y se pierde.

Se acaba la patria potestad por el verificativo de ciertos acontecimientos naturales, como la muerte del que la ejerce o la emancipación del menor sometido a ella.

Se suspende cuando no la puede ejercer el ascendiente por incapacidad o por haber sido condenado a una pena que-

lleve consigo la suspensión de ese derecho, y

Se pierde cuando la ley dispone que el ascendiente - quede privado de ella por la comisión de un delito o por la falta de cumplimiento de los deberes que aquella le impone respecto de sus hijos.

El artículo 443 de nuestro Ordenamiento Civil, señala de una manera clara los modos por los que se acaba la patria potestad, a los cuales podemos llamar: naturales, porque son efecto de causas que provienen de la naturaleza, como la muerte del padre y el desarrollo de las aptitudes del hijo para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes.

Dicho precepto dice: "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; III.- Por la mayor edad del hijo".

Ordenada la protección del incapaz, tal potestad se extingue naturalmente, cuando cesa la necesidad de protección, es decir, cuando el hijo cumple la mayor edad, o cuando quien es investido de dicho poder, no es capaz o digno de ejercerla.

En el primer supuesto, las causas son dos: la mayor edad del hijo y su emancipación. La emancipación es la disolución para el hijo menor del vínculo de la patria potestad, y si se halla sujeto a tutela, de la tutela, por la aptitud en él reconocida para realizar actos jurídicos que no entrañen mucha gravedad e importancia.

Es éste un efecto que la ley asocia al matrimonio --

del menor, o a una concesión del padre que libera al hijo de tal vínculo. Puede reconocer dos causas y ser de dos especies: legal o de derecho y voluntaria o expresa.

Legal o de derecho, es la que deriva del matrimonio; pues al permitir que el menor lo contraiga se debe suponer en él, madurez de juicio suficiente para poder realizar por sí otros actos de menor relieve que aquél. Esta emancipación, puede estimarse como una consecuencia de la voluntad del padre que hizo indirectamente al prestar su consentimiento para el matrimonio, liberar al menor de su potestad.

Voluntaria o expresa, es la que tiene lugar mediante declaración solemne del padre que ejerce la patria potestad, hecha ante el Juez, cuyo fin es otorgar al hijo una capacidad de obrar limitada, o sea la de realizar actos que no excedan de la simple administración.

En el segundo aspecto, la patria potestad se suspende por ausencia o por intervención judicial, o por una pena o condena grave, o en su caso, por abuso. La condena penal que determina la suspensión necesariamente es la de presidio y cualquiera otra que se imponga a los delitos de violencia carnal, corrupción y malos ejemplos, cometidos en la persona de un descendiente. En caso de abuso notorio, que de su poder hiciere el padre, violando sus deberes o descuidando su cumplimiento y administrando mal los bienes del hijo, el juez apreciará la gravedad de tales abusos y omisiones, y podrá privar al padre de sus derechos, transfiriendo la potestad a la madre, o bien nombrándole un tutor o en defecto, limitar solamente los poderes del padre, privando a éste de



de la administración de los bienes o del usufructo legal.

También se suspende la patria potestad, cuando el padre está privado de la inteligencia por locura, idiotismo, o incapacidad y cuando es sordo-mudo y no sabe leer ni escribir; porque en tales casos es inhábil para la educación y dirección de sus hijos.

Ya vimos que también se suspende por la ausencia del padre porque ella de hecho impide su ejercicio y porque entre tanto no es justo que los hijos y sus bienes queden abandonados y expuestos a peligros de consecuencias tan transcendentes como irreparables.

Nuestro Código Civil enumera entre las causas de suspensión de la patria potestad la sentencia condenatoria que imponga, como pena esta suspensión; pero el Código Penal no señala delito alguno que se castigue con esa pena; y por lo mismo tal causa sólo puede referirse a los casos expresados en el artículo precedente, que faculta a los tribunales, para que usando de un prudente arbitrio priven de aquel derecho al que, lo ejerce, o modifiquen su ejercicio.

Pérdida de la patria potestad.- El artículo 444 del Código Civil de 23 dice: "La patria potestad se pierde: I.- Cuando el que la ejerce es condenado dos o más veces por delitos graves; II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283, que en su apartado segundo establece: que cuando la causa de divorcio fuere la sevicia, las amenazas y las injurias graves de un cónyuge para el otro, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero la muerte de éste el culpable la recuperará".

La ley emplea el vocablo "recuperará" significando que, entre tanto, carece el cónyuge culpable de los derechos inherentes a esa patria potestad, debiéndose comprender entre ellos el de demandar la pérdida de ese mismo derecho a la persona que lo ejerce o sea el cónyuge a alguno de los ascendientes; acción que debe estimarse como una de las manifestaciones características del derecho de que se trata.

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

Los Tribunales tienen también facultad para privar de la patria potestad al que la ejerce, o de modificar su ejercicio si trata de los hijos con excesiva severidad, no los educa, o les impone preceptos inmorales, o les da ejemplos o consejos corruptores. De manera que está al arbitrio de los tribunales privar al padre de la patria potestad, o modificar su ejercicio, según la gravedad de las faltas que cometiere, de su conducta más o menos inmoral.

Para que las malas costumbres sean causa de la pérdida de la patria potestad, es indispensable que dichas malas costumbres o hábitos anteriores al nacimiento del hijo. (43).

(43) Anales de Jurisprudencia 5a. Sala. Tesis XXXIX, Pág. --

Tampoco pierde la patria potestad quien carece de elementos pecuniarios para alimentar al menor; aún en el caso de que se hubiere llegado a demostrar que el padre no tiene elementos necesarios para alimentar a sus menores hijos, este hecho no constituye una circunstancia por la cual se pierda el ejercicio de la patria potestad en los términos de la fracción III del artículo 444, porque ésta se refiere a costumbres deparadas del padre, a malos tratos o abandono de sus deberes. (44).

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

La pérdida de la patria potestad, es improcedente solicitarla fundándose en que el padre de un menor lo tiene en abandono porque la mayor parte del día se encuentra fuera de la casa en el desempeño de su trabajo, aún cuando en su ausencia, el referido menor queda al cuidado de su Tía, que es menor de veintiún años; ya que es obligación primordial del padre, atender al sostenimiento económico de la familia, y si para ésto es menester salir de su domicilio, -- no puede eso significar abandono de los suyos de ninguna especie, y antes bien, entraña atención y cuidado de los mismos.

Por lo que toca a la renuncia de la patria potestad, nos dice el artículo 448 del Código Civil de 1928: "La

(44) Anales de Jurisprudencia. 4a. Sala. Tesis XXXII. Pág.-

patria potestad no es renunciabile; pero aquellos a quienes co-  
rresponda ejercerla, pueden excusarse: I.- Cuando tengan sesen-  
ta años cumplidos; II.- Cuando por su mal estado habitual de  
salud no puedan atender debidamente su desempeño".

Previendo los casos en que, los que ejercen la pa-  
tria potestad, ya por ancianidad, por enfermedad incurable o  
contagiosa, ya por otra causa, se consideran incapaces de cum-  
plir los deberes que la patria potestad les impone, les permit-  
te la ley renunciarla o el ejercicio de ella; porque renunciando  
de tal poder, hacen un beneficio a los hijos, que quedarán-  
regidos y bajo la guarda de personas aptas.

Pero tal facultad, está sujeta a la condición de que  
no se puede recobrar la patria potestad una vez hecha la renun-  
cia, por la misma razón por la cual se otorga, es beneficio de  
los hijos, además, es una pena impuesta al ascendiente que, pu-  
diendo ejercer tal derecho lo rehusa por egoísmo y por evitar-  
se molestias.

El artículo 445 afirma: "La madre o abuela que pase  
a segundas nupcias no pierde por este hecho la patria potes-  
tad".

Esto es lo que respecta a nuestro Código de 22, pero  
siguiendo la tradición del Código de 34, que en su artículo --  
400 nos dice: "La madre o abuela que pase a segundas nupcias,  
pierde la tutela conforme a la ley, si no hubiere persona en  
qui en recaiga, se proveerá a la tutela".

Una vez más se inclino por el precepto citado del Cód-  
digo de 34, ya que la pérdida de que nos habla el artículo 400  
tiene por objeto evitar ejemplos perniciosos e inmorales a --

los hijos, y que la madre o abuela que pasa a segundas nupcias sacrifique al segundo marido y a los hijos que tuviere en su matrimonio, los intereses, la educación y hasta la vida de aquellos.

Es digno de notar que el padre que pasa a segundas nupcias no pierde la patria potestad sobre sus menores hijos porque no queda subordinado a la autoridad de la mujer, sino al contrario, conserva siempre la dirección exclusiva de la familia, y, por consiguiente, los hijos y sus intereses no están expuestos a los peligros que corren cuando la madre contrae un nuevo matrimonio.

Debo advertir también, que la madre no debe ejercer la patria potestad sobre sus hijos, sino es conjuntamente con el nuevo marido; deberá como toda madre, contar con el derecho necesario para dirigir su educación, sobre todo, si su conducta es irreprochable.

Como consecuencia, me parece que el legislador al proyectar el Código Civil vigente, equivocó la idea, al indícarlo en su artículo 446 que: "El nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior".

Quiere esto decir, que la madre es la encargada únicamente de entenderse con todas las obligaciones para la educación y sostenimiento de sus hijos. Qué será de la madre si el marido con todo derecho la prohíbe que salga a la calle en busca de alimentos?, porque él se los proporciona para ella y para sus hijos.

Igualmente me pregunto, Si la madre no debe respeto y obediencia al nuevo marido?, Si debe seguirlo o no a donde él vaya?.

Si debe pasarse por alto el contenido del artículo 162 del Código Civil vigente al decirnos: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente". Pero este precepto, no nos dice si los cónyuges tienen o no hijos, debiendo interpretarse según el caso y la ocasión.

Asimismo, enumero los artículos 163, 164, 165, 166 y siguientes del Capítulo III del Código Civil vigente, por relacionarse en todo y por todo a lo antes expuesto.

También se ha confundido que el nuevo marido ejerce sobre los hijos de su cónyuge, habidos en anterior matrimonio, la tutela, idea completamente vaga, ya que ésta, tiene por objeto la guarda de la persona y bienes, de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural o legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. Y es claro y lógico además, que se considere tutor al nuevo marido, porque en primer lugar, el menor vive con ambos cónyuges, y en segundo, porque el menor está sometido a la patria potestad de su madre.

Entonces, dónde queda la autoridad del marido en este caso? Si no se le quiere reconocer poder suficiente para ejercer la patria potestad sobre los hijos de su mujer habido en anterior matrimonio?.

Como quedó asentado anteriormente, el nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior.

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

I.- El ejercicio de la patria potestad corresponde - tanto al padre como a la madre.

II.- En la Institución de la patria potestad se ve -- hoy más que un poder, una protección; protección que, por -- otra parte, no es específicamente paternal, puesto que incumbe a los esposos y aún a la madre solo en defecto del padre.

III.- Se admite hoy generalmente que la patria potestad es una Institución natural. La misma naturaleza, ciertamente, al conferir a los padres las personas de los hijos, - parece atribuirles la función, que entraña obligaciones y facultades, de protegerlos y educarlos.

IV.- En el Código Civil vigente el origen de la patria potestad es la filiación y no el matrimonio.

V.- En relación a nuestra Legislación vigente, notamos, por lo que se refiere a la patria potestad, que ha establecido principios dignos de toda admiración como puede ser la equiparación de los hijos legítimos y los naturales, la igualdad de derechos y obligaciones de ambos padres en el ejercicio de aquel derecho.

VI.- La Legislación Mexicana es el ejemplo de adelanto y perfeccionamiento de la ciencia jurídica, en lo que se refiere a la Institución de la Patria Potestad y solo la Legislación Eusa, puede llegar a comparársele en este aspecto, ya que las dos tienen la finalidad de que el derecho se debe aplicar a beneficio social.

## II

VII.- La Patria Potestad, puede suspenderse, terminarse ó acabarse; y se termina por la realización de ciertos -- acontecimientos naturales como la muerte del que la ejerce, -- por incapacidad del mismo ó por haber sido condenado judi--- cialmente a la pérdida de la patria potestad.



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

- 1.- Bonnacase Julián. La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de familia. Elementos de Derecho Civil. Tomo I, págs. 424 a 427. Edición 1945.
- 2.- Castán Vázquez José Ma. La Madre en la Patria Potestad. Imprenta MAS. Madrid 1957. La Patria Potestad. Edición Revista del Derecho Privado. Madrid.
- 3.- Clemente de Diego Felipe. Instituciones de Derecho Civil Español. Madrid 1930. Tomo I.
- 4.- Castán Tobeñas J. Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo I, volumen I, pág. 245.
- 5.- Colín y Capitant. Curso elemental de Derecho Civil. Tomo II. Vol. I. pág. 18.
- 6.- De Clareuil J. Roma y la organización del Derecho. Pág. 106. Editorial Cervantes, Barcelona 1926.
- 7.- De Pina Rafael. Derecho Civil Mexicano, Pág. - 375, Edición 1956.
- 8.- Ennecerus-Kipp-Wolff. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV, Volumen V, pág. 89.
- 9.- Fernández de Clerigo Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada.
- 10.- Josserand Louis. Derecho Civil, Tomo II, volumen I.
- 11.- Kowalesky M. Evolución de la Familia y de la propiedad, Pág. 82. Obra -- traducida de A. Ferrer y Robert
- 12.- Kriche Pablo. El enigma del matriarcado, Pág 96, Traducción del Alemán al Castellano por Ramón de la Serna, Pág. 173, Munich 1912.

- 13.- Marcel Planiol y Repert. Tratado práctico de Derecho - Civil Francés. Tomo I, Pág. - 263 y 394.
- 14.- Muñoz Luis. Comentarios del Código Civil- del Distrito y Territorios Fe- derales de 30 de agosto de -- 1928. Ediciones Lex. México,- D.F.
- 15.- Petit Eugenio. Tratado elemental de Derecho- Romano. Pág. 103, Editorial - Saturnino Calleja, S.A.
- 16.- Preciado Hernández Ra- fael. Lecciones de Filosofía del De- recho, pág. 209 que cita la - obra de Le Fue delos, fadburch carle, denominada "Los fines del Derecho, Bien común, jus- ticia, seguridad", traducida- por Daniel Kury Breña.
- 17.- Sánchez Román Felipe. El Derecho Civil y los Pobres. Tomo IV, pág. 461.
- 18.- Stolfi N. Diritto Civile, volumen V. - pág. 569. 598.
- 19.- Valverde Calixto. Derecho Civil Español. Tomo - IV, Pág. 470. Segunda Edición 1921.
- 20.- V. Romero y A. Girón. Instituciones jurídicas, polí- ticas y sociales Españolas. - Madrid, España 1918, pág. 133 y 138.

#### LEGISLACION

- 1.- Anales de la Jurisprudencia, Cuarta Sala. Tesis XXXII, Pág. 430.
- 2.- Anales de la Jurisprudencia, Quinta Sala. Tesis XXXIX, Pág. 531.
- 3.- Código Mexicano de 1970.
- 4.- Constitución Política de los Estados Unidos Me- xicanos.

# I N D I C E

	página
A MANERA DE PROLOGO	I
CAPITULO I.	
ORIGEN DE LA FAMILIA.	
a).- Matriarado y patriarado	1
CAPITULO II.	
EVOLUCION HISTORICA EN LA ANTIGUEDAD.	
a).- ROMA.	
1.- Del pater familias	5
2.- Sui Juris	5
3.- Alieni Juris	6
4.- Fuentes de la patria potestad	8
b).- ESPAÑA.	
1.- Fuero Juzgo	14
2.- La Ley de las Siete Partidas	16
c).- ALEMANIA	16
CAPITULO III.	
DERECHO MODERNO.	
a).- FRANCIA: Colín y Capitant, Marcel Planiol y George Ripert	18
b).- ITALIA: Francisco Rocci y N. Stolfi	23
c).- ESPAÑA: José Castán Tobeñas	28
d).- ALEMANIA: Ennckerus-Kipp-Wolff	32
CAPITULO IV.	
PATRIA POTESTAD.	
a).- Nociones generales	38
b).- Definición de diversos autores	38
c).- Colín y Capitant	38
d).- Louis Josserand	39
e).- Calixto Valverde Valverde	39
f).- Rafael de Pina	40
g).- Bonnacase	40
h).- Crítica	41
i).- Definición que aceptamos	43
CAPITULO V.	
LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, POR DEFECTO EN LA EDUCACION DE LOS MENORES A TRAVES DE -- DIVERSAS LEGISLACIONES	45

- 5.- Código Civil Mexicano de 1884.
- 6.- Código Civil del Distrito y Territorios Federales.
- 7.- Código de Procedimientos Civiles para -  
el Distrito y Territorios Federales.
- 8.- Ley de Relaciones Familiares.

CAPITULO VI.

EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD: FIN, SUSPENSION  
Y PERDIDA EN NUESTRO DERECHO VIGENTE

68

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.