
CAPITULO TERCERO

DE LOS MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD

GENERALIDADES

445. El capítulo que vamos a estudiar se ocupa de la extinción, de la pérdida y de la suspensión de la patria potestad. El título que lo encabeza es incompleto, pues contiene únicamente dos de esos conceptos: el de extinción y el de suspensión del poder paterno; estaría más de acuerdo con su contenido, si dijera: «De los modos de acabarse, perderse y suspenderse la patria potestad».

Las palabras *extinción*, *pérdida* y *suspensión* implican, en la mente del legislador, tres ideas muy distintas: la patria potestad se *extingue*, o se acaba, cuando carece en lo absoluto de razón de ser; se *pierde*, cuando de un modo definitivo deja de pertenecer a una persona, sin que esta pérdida implique una extinción de aquel derecho, más que con relación a la persona que lo ha perdido y se *suspende*, cuando de un modo temporal es privado de su ejercicio el que la tenía. Para ser metódicos, estudiaremos separadamente estos tres conceptos, con las consecuencias que cada uno de ellos produce.

I

DE LA EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

446. *La patria potestad se acaba*, dice el artículo 388:

I. *Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;*

II. *Por la emancipación;*

III. *Por la mayor edad del hijo.*

La patria potestad no puede ser ejercitada más que por los padres o ascendientes del menor; es una consecuencia de la paternidad; si, pues, muere el que tenía el ejercicio del poder paterno y no hay otra persona que lo reemplace en ese ejercicio, queda extinguido dicho poder. El hijo podrá necesitar, por su poca experiencia, de persona que lo represente, dirija y atienda; pero, supuesto que ya no tiene ni padres ni ascendientes, habrá que darle un tutor. Si muerta la persona que ejercía la patria potestad, hubiere algún otro ascendiente, no podrá decirse que aquella haya terminado; lo único que sucede es que su ejercicio pasa de unas manos a otras; por eso el artículo transcrito, en su fracción I, somete la extinción de la patria potestad, por muerte del que le ejercía, a la circunstancia de que no haya otra persona en quien recaiga.

La emancipación y la mayor edad del hijo ponen fin también a la patria potestad, porque teniendo ésta por objeto la guarda de la persona y bienes del menor en virtud de su incapacidad, deja de tener razón de ser, cuando por consecuencia de la emancipación o mayoría de edad del hijo, la ley supone en él la experiencia suficiente para atender por sí solo a sus intereses; el efecto no puede sobrevivir a la causa.

447. En el derecho francés, en que se admite que la emancipación del menor, por voluntad del padre, es revocable, se discute si la revocación produce el efecto de hacer caer al menor en la patria potestad. Tal discusión no cabe en nuestro derecho: primero, porque el artículo 388 es terminante, y segundo, porque, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 594, la emancipación, una vez hecha, es irrevocable.

448. Existe otra causa de extinción de la patria potestad, que tiene lugar cuando el hijo muere. Es tan evidente dicha causa de extinción, que al legislador seguramente no le pareció serio consignarla en un texto de ley.

449. Está por demás decir que la extinción de la patria potestad trae consigo la extinción de todos los derechos, que son consecuencia de ella. En esa virtud, el hijo mayor de edad o emancipado recobra la administración y el usufructo íntegro de los bienes que le pertenecen. Cuando estudiemos la emancipación, veremos, sin embargo, que los emancipados quedan sujetos, en sus actos, a ciertas restricciones.

II

DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

450. La extinción de la patria potestad hace relación al hijo sujeto a ella, en el sentido de que una vez verificada, no puede ser cuestión para él, de verse ya nunca sometido al poder de un padre o ascendiente, que ejerza sobre su persona aquel poder; podrá quedar sometido a la vigilancia de un tutor, en el caso de la fracción I del artículo 338, si es menor de edad; pero nunca a la patria potestad. Es distinto en el caso de pérdida del poder paterno: la pérdida hace relación a la persona que tenía el ejercicio de ese poder, en el sentido de que ya nunca podrá ejercitarlo; más no por esto, queda extinguida la patria potestad, sino que pasa de manos del que la perdió a manos del otro padre o ascendiente, si es que existe, salvo en ciertos casos en que, como luego veremos, la ley, por razones especiales, pone al hijo al cuidado de un tutor.

La anterior explicación da una idea de la diferencia que

separa la extinción, de la pérdida de la patria potestad, diferencia que puede expresarse en términos más concisos, diciendo que la primera afecta a la patria potestad en sí misma, en tanto que la segunda afecta solamente al ejercicio.

451. ¿En qué casos se pierde la patria potestad? *La patria potestad se pierde*, dice el artículo 389:

I. *Cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho;*

II. *En los casos señalados por los artículos 245 y 248.*

452. *Pérdida de la patria potestad por causa de pena impuesta.* Hay delitos que afectan de tal modo a la constitución y moralidad de la familia, que cuando es un padre o ascendiente, el que lo comete, respecto de sus hijos o descendientes, la ley lo considera indigno de ejercer la patria potestad, y por vía de pena, lo priva de este derecho: Tales son los delitos de exposición, abandono, corrupción de menores y violación, a que se refieren los artículos 616, 618, 625, 795, 801 y 806 del Código penal.

453. ¿La pérdida de la patria potestad abarca a todos los hijos o descendientes del delincuente, o solamente a aquel o aquellos que fueron víctimas del acto delictuoso? ¿dicha pérdida comprende todos los derechos inherentes a la patria potestad, o solamente algunos de ellos? No siendo la fracción I del artículo 389, sino una aplicación de los artículos del Código penal, que imponen al padre o ascendiente delincuente, como castigo por el delito cometido, la privación de la patria potestad, para resolver las anteriores preguntas, habrá que atender a los términos de dichos artículos, dándoles, por el carácter de leyes represivas que tienen, una interpretación restrictiva. Ahora bien, por lo que hace a la primera pregunta, debemos manifestar que hay delitos, como los de exposición o abandono de meno-

res, que ameritan para el padre, o ascendiente, delicente, la pérdida de la patria potestad sólo con relación al hijo expuesto o abandonado (artículos 616, 618 y 625 del Código penal), en tanto que hay otros, como el de corrupción de menores y el de violación, que la ley castiga, haciendo perder al delicente la patria potestad, respecto de todos sus descendientes (artículos 806 fracción II y 801 del Código penal). Por lo que respecta a los derechos que se pierden, objeto de la segunda pregunta formulada, le ley hace distinciones también: en los casos de los artículos 616, 618 y 625 del Código penal, el padre o ascendiente pierde la patria potestad sobre el hijo y todo derecho a sus bienes; en el caso del artículo 806 del mismo código, pierde sus derechos a los bienes del ofendido y la patria potestad sobre todos sus descendientes; finalmente, cuando el delito cometido por el padre o ascendiente es el de lesiones inferidas al menor, se le priva solamente del derecho de corrección (inciso segundo del artículo 531 del Código penal).

454. Cuando la pérdida de la patria potestad abarca a todos los descendientes, se entienden comprendidos en la pérdida, no sólo los descendientes actuales, sino también los que nacieron posteriormente al delito, aunque sean hijos de un segundo matrimonio.

455. *Pérdida de la patria potestad en los casos de los artículos 245 y 248.* Estos artículos se refieren a las modificaciones que el divorcio impone, en cuanto al ejercicio de la patria potestad, sobre los hijos de los esposos divorciados. El cónyuge culpable del divorcio pierde todo derecho sobre la persona y bienes de los hijos, recayendo la patria potestad sobre la persona del cónyuge inocente. Esta pérdida, sin embargo, no es, siempre, definitiva, pues en los casos en que el divorcio ha sido decretado por alguna de las causas consignadas en las fracciones VII, VIII y XII del ar-

título 227, el cónyuge que dió causa a aquel, recobra la patria potestad a la muerte del cónyuge inocente; en los otros casos de divorcio, la pérdida del poder paterno para el esposo culpable, sí es definitiva.

456. Además de las causas de pérdida de la patria potestad que hemos señalado, existen otras que el mismo Código consigna; tales son: la falta de cumplimiento de sus deberes, por parte de la persona que ejerce el poder paterno; la desobediencia de la madre o abuela, a oír el dictamen de los consultores que el padre le hubiere nombrado en su testamento; la renuncia; la mala conducta de la madre o abuela viudas y su posterior matrimonio. Vamos a estudiar estas diversas causas por el orden en que las hemos enunciado.

457. *Falta de cumplimiento de sus deberes, de la persona que ejerce el poder paterno.* La ley, acabamos de verlo, considera, como motivo para la pérdida de la patria potestad, la comisión de ciertos delitos; pero hay hechos que, sin ser delictuosos, revelan en la persona que los ejecuta, cierta perversidad que la hace indigna de ejercer el poder paterno, y el legislador, atento, antes que nada, al interés del hijo, en cuyo exclusivo provecho tiene su fundamento aquel poder, faculta a los jueces para privar de él a los padres o ascendientes, que tienen su ejercicio, cuando abusan de su autoridad, no educan a los hijos, les imponen preceptos inmorales o les dan ejemplos o consejos corruptores. *Los tribunales, dice el artículo 380, pueden privar de la patria potestad al que la ejerce, o modificar su ejercicio, si tratan a los que están en ella con excesiva severidad, no los educan, o les imponen preceptos inmorales, o les dan ejemplos o consejos corruptores.*

¿La enumeración hecha por el artículo anterior de los casos en que se puede decretar la pérdida de la patria po-

testad, es *limitativa* o *enunciativa*? Dada la forma en que está redactado dicho artículo, creemos que la enumeración que hace es enunciativa; de acuerdo con esto, cualquier hecho de los padres o ascendientes, que se asemeje a los enumerados, puede ser fundamento de la pérdida del poder paterno.

458. *Perdida de la patria potestad por desobediencia de la madre o abuelas, a oír el dictámen de los consultores nombrados por el padre en su testamento.* Más adelante veremos que la ley faculta al padre para nombrar a la madre y a las abuelas, en su caso, uno o más consultores, cuyo dictámen hayan de oír para los actos que aquel determine expresamente. La falta de obediencia de la madre o la abuela a estas disposiciones del padre, no da lugar a la nulidad del acto ejecutado; pero es motivo suficiente para que los tribunales puedan privar a aquella de toda su autoridad y derechos, sobre sus hijos o nietos. *La madre o abuela, dice el artículo 306, que dejare de oír el dictamen del consultor o consultores, podrá ser privada, en juicio contradictorio, con audiencia del Ministerio público, de toda su autoridad y derechos sobre sus hijos o nietos, a instancia de aquellos; pero el acto ejercido no se anulará por este solo motivo.*

Téngase presente que el artículo transcrito no dice que la madre o abuela etc. *será privada*, sino dice que *podrá ser privada*, lo que evidentemente significa que no en todos los casos en que no oiga a los consultores nombrados por el padre, perderá la patria potestad, sino que el juez decidirá, según la gravedad e importancia del negocio, si debe o no, decretarse dicha pérdida.

459. *Pérdida de la patria potestad por renuncia.* La patria potestad, como parte integrante que es del régimen familiar, base de la sociedad, es esencialmente de orden público; por lo mismo, es irrenunciable; esto es claro y evi-

dente; se puede renunciar aquello que nos pertenece, aquello que está exclusivamente establecido en nuestro favor; pero la patria potestad no está establecida en favor de los padres, sino en el de los hijos; no es un derecho el que el poder paterno proporciona a los padres, sino un conjunto de deberes, y de los más sagrados que existen; ahora bien, no se concibe que nadie pueda renunciar al cumplimiento de aquello a que está obligado; es irrisorio pensar en la renuncia eficaz de un deber.

Pero estos principios, evidentes para todo el mundo, no lo son para el legislador mexicano, quien, si no permite la renuncia del padre, sí admite la de la madre y los ascendientes. *La madre, abuelos y abuelas*, dice el artículo 397, *pueden siempre renunciar su derecho a la patria potestad o al ejercicio de ésta; la cual en ambos casos recaerá sobre el ascendiente a quien corresponda según la ley. Si no lo hay, se proveerá de tutor al menor, conforme a derecho.*

El precepto sancionado por el artículo transcrito, sea nos permitido decirlo con perdón del legislador mexicano, es una verdadera herejía jurídica. Por lo demás ¿qué fundamento tiene la distinción que hace entre el padre y la madre y demás ascendientes del menor, para no permitir al primero la renuncia del poder paterno y sí permitírsela a los segundos? En el sistema seguido por nuestro código, la patria potestad es la misma, ya sea que se ejerza por el padre, ya sea que se ejerza por la madre o los abuelos del menor ¿a qué viene, pues, la distinción que se hace entre uno y otros? El legislador debió haber sido consecuente con sus ideas, y ya que admitió la renunciabilidad de la patria potestad, tratándose de la madre y abuelos, debió haberla admitido también, tratándose del padre.

Como complemento de la herejía consagrada por el an-

9/ terior artículo, el 368 declara que *el ascendiente que renuncia la patria potestad no puede recobrarla.*

Nótese que este artículo habla solamente del ascendiente y no de la madre; de aquí podría conjeturarse que la madre renunciante del poder paterno, tiene la facultad, por virtud de su retracción, de recobrarlo.

460. *Pérdida de la patria potestad por mala conducta de la madre o abuela viudas. La madre o abuela viuda que vive en mancebía o da a la luz un hijo legítimo, pierde los derechos que le concede el artículo 366, dice el 399.* Este artículo es una aplicación del precepto contenido en el artículo 390, en el que se concede a los tribunales la facultad de privar de la patria potestad a los padres o ascendientes, que les dan ejemplos corruptores a sus hijos. Hay, sin embargo, una diferencia capital entre ambos preceptos, pues en tanto que en el último, el 390, la pérdida de la patria potestad es facultativa para los jueces, quienes pueden decretarla o no, en el primero, el 399, no se les concede esta libertad de acción, sino que basta que se demuestre que la madre vive en mancebía o dio a la luz un hijo ilegítimo, para que, sin más discusiones, estén en el deber de decretar la pérdida.

El artículo 399 da lugar a una dificultad: según él, es causa suficiente para la pérdida de la patria potestad el hecho de que la madre o abuela, que tiene su ejercicio, dé a luz un hijo ilegítimo; pero ¿cómo probar que el ser dado a luz es ilegítimo? Si ha sido reconocido, no hay dificultad ninguna, porque el reconocimiento prueba la filiación ilegítima; si no ha sido reconocido ¿cómo probar esa filiación, atento el precepto del artículo 345, que en términos generales, prohíbe la investigación de la maternidad, no admitiéndola sino mediante requisitos determinados? El conflicto que se presenta no podrá resolverse, sino poniendo en armonía los artículos 399 y 345, y decidiendo que el primero

no tiene aplicación, más que en aquellos casos en que la madre o abuela, hubiere reconocido al hijo o que éste hubiere obtenido su reconocimiento judicial.

461. *Pérdida de la patria potestad por causa de posterior matrimonio de la madre o abuela, que tiene su ejercicio.* Por virtud del nuevo matrimonio, la madre o abuela que lo contrae cae bajo la potestad marital del nuevo esposo, y temerosa la ley de que la influencia de éste se haga sentir en la educación del hijo y en la administración de sus bienes y que con tal motivo, reciba el menor un perjuicio, priva a aquella del ejercicio del poder paterno. *La madre o abuela que pasa a segundas nupcias, dice el artículo 400, pierde la patria potestad. Si no hubiere persona en quien recaiga, se proveerá a la tutela conforme a la ley.*

La parte final de este artículo no hace más que reproducir los principios que, en otra parte, hemos expuesto, respecto al sistema adoptado por el legislador en orden a la forma de suplir la patria potestad; cuando no hay persona en quien pueda recaer, dado que el hijo guarda las mismas condiciones de incapacidad para regirse por sí mismo, se le provee de un tutor, que, como más adelante veremos, representa en cierto modo a la persona del padre.

Como el espíritu del artículo 400, al hacer perder la patria potestad a la madre o abuela que contrae segundas nupcias, es poner al hijo fuera de la influencia del nuevo marido, consecuente con tales miras, el artículo 401 declara que *la tutela en ningún caso podrá recaer sobre el segundo marido.*

La prohibición de la patria potestad, en el caso que venimos tratando, no es siempre definitiva; puede suceder que la madre o abuela que contrajere el segundo matrimonio, vuelva a enviudar, y en tal caso, como desaparece el motivo por el que fue privada del poder paterno, no habría razón para que no lo recobrara. En este sentido se expre-

el artículo, 402 que dice que *la madre o abuela que volviese a enviudar, recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias.*

¿Es aplicable el artículo transcrito al caso en que la madre o abuela que contrajo el nuevo matrimonio, se divorcie del esposo? Tomando en consideración que militan las mismas razones en este caso que en el de viudez, no vacilamos en resolver la cuestión afirmativamente.

462. Privado de la patria potestad el padre o ascendiente que la ejerce ¿en qué forma prevé la ley a la guarda de la persona y bienes del menor? La pregunta hecha supone la existencia de otros ascendientes, en quienes pueda recaer aquel poder, pues claro está que si no los hay, los hijos deben ser puestos al cuidado de un tutor. Hecha esta aclaración, ocupémonos de dar contestación a aquella pregunta.

Cuando se trata de pérdida de la patria potestad por muerte del que la ejerce, divorcio, renuncia y subsecuente matrimonio de la madre o abuela, los hijos quedan sometidos a la potestad del ascendiente que sigue en grado, al que fué privado de aquel derecho, lo que es lógico, pues nada más natural que a falta de los padres o abuelos más próximos, sean los abuelos en grado subsecuente, los que tengan bajo su cuidado al menor; pero cuando la patria potestad se pierde como consecuencia de la condenación a una pena que importe la pérdida de dicho derecho, hay un inconveniente para que las cosas se pasen de aquel modo, y es que en dichos casos, la condenación resultaría ilusoria; supongamos, en efecto, que un padre es condenado a perder la patria potestad sobre sus hijos; si ella se transfiere a la madre, según el orden establecido por el artículo 366, como ésta queda sometida al poder marital, viene a ser ilusoria la pena impuesta al padre, pues los hijos, en virtud de la influencia que tendrá éste sobre la madre, como con-

secuencia del poder marital, le quedarían indirectamente sometidos.

¿Cómo ha resuelto este inconveniente nuestro código? Si examinamos atentamente los artículos relativos a la materia, veremos, por una parte, que el 367 dice que *sólo* por *muerte*, *interdicción*, *ausencia* o *renuncia* del que ejerce la patria potestad, lo suplirá en su ejercicio, el padre o ascendiente que le siga en el orden establecido por el artículo 366, y por otra parte, que el artículo 445 establece que hay lugar a la tutela legítima en los casos de suspensión o *pérdida* de la patria potestad o de impedimento del que deba ejercerla. De la combinación de estos dos preceptos resulta que si se trata de muerte o renuncia del que ejerce el poder paterno, éste se trasmite a otro padre o ascendiente; pero que si no se trata de ninguno de esos casos, el hijo debe ser puesto bajo el cuidado de un tutor. Ahora bien, como la pérdida de la patria potestad, por causa de condenación a una pena que importe la pérdida de ese derecho, no está comprendido entre los casos enumerados por el artículo 367; debe hacerse comprender en los términos del 445, que abre la tutela legítima; de manera que, aunque el menor tenga otro padre o ascendiente, la guarda del hijo no es confiada a él, sino a su tutor, con lo que, creemos, ha querido obviar el legislador el inconveniente de que antes hablamos.

El sistema de la ley de confiar el cuidado del hijo a un tutor, en lugar del padre o ascendiente, en el caso de pérdida del poder paterno por causa de delito, está justificado plenamente, cuando por consecuencia de aquella pérdida, la patria potestad tiene que recaer en la esposa del delincuente; pero cuando no es así, cuando, por ejemplo, por faltar la madre, el poder paterno debería pasar al abuelo, no vemos razón ninguna plausible, para que se prefiera la tutela a la patria potestad, pues no existe el peligro de que

el abuelo se deje influenciar por el padre a quien se ha privado, por su delito, del mencionado derecho.

También se provee a la tutela del menor, aun cuando el hijo tenga ascendientes, en el caso de pérdida de la patria potestad, por desobediencia de la madre o abuela a oír el dictamen de los consultores nombrados por el padre, así como en el de que aquellas vivan en manebía e den a luz un hijo ilegítimo, pues no estando comprendidos estos casos entre los enumerados restrictivamente por el artículo 367, deben regirse por el precepto, más general, del artículo 445. Tal modo de reemplazar la patria potestad, en los casos expresados, nos parece, en lo absoluto, injustificado, porque no hay razón ninguna para que, teniendo el menor abuelos, de quienes, por fuerza, debe esperarse mayor celo en el cuidado del incapacitado, se prefiera a un tutor, que, en muchas circunstancias, podrá ser una persona enteramente extraña a la familia.

El caso de pérdida del poder paterno, por causa de subsecuente matrimonio de la madre o abuela, en ejercicio de ese poder, no está comprendido en el artículo 367; sin embargo, el artículo 400, que lo establece, prescribe, en su parte final, que sólo que no hubiere persona en quien pueda recaer la patria potestad, se le nombrará tutor al menor; de manera que si no se llena aquella condición, se verifica la trasmisión del poder paterno, como en los casos de muerte y renuncia.

En resúmen, si la pérdida de la patria potestad es por muerte, renuncia o subsecuente matrimonio de la madre o abuela, se trasmite su ejercicio a otro ascendente; si es por las causas previstas por los artículos 389, 390, y 399, no hay tal trasmisión, sino que se provee a la tutela del menor, sin que sea obstáculo para ello, que éste tenga padres o abuelos.

III

DE LA SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD

463. Se suspende la patria potestad, como antes dijimos, cuando el padre o ascendiente que la tiene es privado temporalmente de su ejercicio. Tres casos de suspensión consigna el artículo 391: *La patria potestad se suspende, dice:*

- I. *Por incapacidad declarada judicialmente en los casos 2o. y 3o. del artículo 404;*
- II. *Por ausencia declarada en forma;*
- III. *Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.*

En el orden expuesto, estudiaremos estos tres casos.

464. *Suspensión por incapacidad del que ejerce la patria potestad.* La incapacidad a que se refiere este precepto es la que tienen los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos, y la que tienen los sordo-mudos que no saben leer ni escribir. Imposibilitadas las personas incapaces para manejar sus propios intereses, con mayor razón lo están para manejar los de los demás; separarlos del poder paterno, mientras dura su incapacidad, es, pues, una medida que no necesita de comentarios para justificarse.

Para que la suspensión por causa de incapacidad proceda, no basta que los padres o ascendientes estén de hecho privados del uso de sus facultades mentales; es necesario que su incapacidad haya sido *declarada judicialmente*; el texto de la ley es terminante a este respecto.

465. *Suspensión por causa de ausencia.* La ausencia, en el sentido técnico de la palabra, que es en el que el legislador la emplea, es el estado que guarda un individuo de quien

no se tienen en lo absoluto noticias, ignorándose si vive o ha muerto. En el sistema seguido por el legislador mexicano en materia de ausencia, ésta tiene tres períodos: uno que los doctrinistas llaman de *presunción de ausencia*, que dura cinco años, cuando el ausente no dejó apoderado y diez años, cuando sí lo dejó; otro que se llama propiamente de *ausencia*, que comienza al terminar el anterior y otro, finalmente, que se llama de *presunción de muerte del ausente*, que comienza después de treinta años de haberse hecho la declaración de ausencia. ¿En cuál de estos períodos debe decretarse la suspensión de la patria potestad? Atentos los términos de la fracción II, cuyo comentario venimos haciendo, debemos decidir que en el segundo, esto es, en aquel en que se hace la formal declaración de ausencia. Pero para que el segundo período comience, es preciso esperar a que termine el primero, cuya duración es de cinco años, en unos casos, y de diez, en otros, y aquí ocurre la siguiente dificultad; mientras dura el primer período ¿quién ejerce la patria potestad sobre los hijos del presunto ausente? o bien, ¿durante el largo plazo que comprende aquel período quedan los hijos sin representación? El artículo 601 provee a esta dificultad, estableciendo, desde el primer período de la ausencia, que *si el ausente tiene hijos menores que estén bajo la patria potestad, y no hay ascendiente que deba ejercerla conforme a la ley, ni tutor testamentario; ni legítimo, el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor en los términos prevenidos en el artículo 458*. De la lectura de este artículo, se infiere que desde el primer momento en que hay presunciones de que un individuo está ausente, queda suspendida la patria potestad sobre sus hijos. Franca y abiertamente, encontramos contradictoria esta disposición con la fracción II del artículo 391, que prescribe la suspensión del poder paterno hasta que la ausencia haya sido declarada, es decir, hasta que pasen cinco o diez años de la desapa-

riación del padre. Verdad es que la suspensión, en el caso del artículo 601, tiene el carácter de provisional; pero no tiene menos este carácter la que se funda en la fracción II del artículo 391, supuesto que tanto en un caso como en otro, si el ausente se presenta, recobra todos sus derechos sobre la persona y bienes de sus hijos. La contradicción, sin embargo, desaparece si se interpreta la fracción II del artículo 391 por el artículo 601, considerando que dicha fracción, al hablar de ausencia declarada en forma, quiso dar a entender que se refería a la ausencia en el sentido técnico de la palabra, por contraposición a la ausencia, según su acepción vulgar.

466. *Suspensión por causa de pena impuesta.* Cuando tratamos de la pérdida de la patria potestad, dijimos que hay delitos que afectan de tal modo a la constitución y moralidad de la familia, que cuando es un padre o ascendiente el que los comete, respecto de sus hijos o descendientes, la ley lo considera indigno de ejercer la patria potestad y lo hace perder este derecho. Pero cuando los delitos cometidos son menos graves, cuando no significan un peligro tan grande para la familia, cuando no revelan una perversión tan marcada en el delincuente, la ley penal se conforma con castigar tal delito, con sólo la suspensión de la patria potestad por determinado tiempo.

Puede suceder que el padre o ascendiente cometa ciertos hechos que, sin ser delictuosos, revelen en él cierta perversidad, que lo hagan indigno de ejercer el poder paterno, o bien, que no cumpla debidamente con las obligaciones que le impone este poder. En cualquiera de estos casos, la ley autoriza a los jueces para modificar el ejercicio de la patria potestad, dándoles la facultad, aun de decretar la suspensión de este ejercicio. Así se infiere de la lectura del artículo 390 que, como ya vimos, expresa que los tribu.

nales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce o *modificar su ejercicio*, si trata a los que están en ella con excesiva severidad, no los educa, o les impone preceptos inmorales, o les da ejemplos o consejos corruptores.

467. ¿La suspensión de la patria potestad por causa de delito, comprende a todos los hijos del delincuente, o solamente a aquellos que fueron víctimas del delito? ¿abarca todos los derechos inherentes al poder paterno, o solamente algunos de ellos? Siendo los preceptos de la ley civil en esta materia, una aplicación de los preceptos de la ley penal, cabe decir lo que dijimos en el número 453, al dar contestación a aquellas preguntas, refiriéndonos al caso de pérdida de la patria potestad por causa de delito, esto es, que hay que atender a los términos de la ley penal, para saber sobre qué hijos y sobre qué derechos produce efectos la suspensión.

468. ¿Cuáles son los derechos del poder paterno que quedan suspendidos, cuando la suspensión tiene lugar por incapacidad o por ausencia? *Los padres*, dice el artículo 392, *conservan su derecho al usufructo de los bienes del hijo menor, si por demencia han quedado suspensos del ejercicio de la patria potestad*. De la lectura de este artículo se infiere que en cualquiera otro caso que no sea el de *incapacidad por demencia*, la suspensión de la patria potestad comprende la suspensión de todos los derechos inherentes a ella; según esto, los sordo-mudos y los ausentes, al ser suspendidos en el ejercicio del poder paterno, quedan privados del usufructo de los bienes de sus hijos.

Que al padre declarado ausente, al ser suspendido en el ejercicio de la patria potestad, se le prive del usufructo legal, es muy explicable, como lo es también el que, por un espíritu de humanidad, se conserve dicho usufructo en favor del padre demente; pero lo que no se explica es que no se

establesca igual prerrogativa, en favor del padre sordo-mudo que no sabe leer ni escribir, pues militan en este caso, para la conservación del derecho de usufructo, las mismas razones que para el del padre, cuya interdicción se ha declarado por causa de demencia.

IV

RESTRICCIONES QUE PUEDEN IMPONERSE AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR LAS MADRES O POR LAS ABUELAS

469. La madre y las abuelas, al igual que el padre y los abuelos, tienen el derecho de patria potestad, y lo ejercitan en los mismos términos que éstos, cuando faltando la persona a quien corresponde aquel derecho, son llamadas a su ejercicio; pero en tanto que el padre y los abuelos no pueden ser restringidos en modo alguno en sus facultades, la madre y las abuelas, sí pueden serlo. A este respecto, el artículo 393 expresa que *el padre podrá nombrar en su testamento, a la madre y a las abuelas, en su caso, uno o más consultores, cuyo dictámen hayan de oír para los actos que aquel determine expresamente.*

La razón de estas restricciones que el padre puede imponer al ejercicio de la patria potestad por la madre o abuelas, está en la poca confianza que el sexo femenino inspira, por su debilidad y poca experiencia, para el desempeño de una función tan delicada, como es la patria potestad, y como se considera que nadie está en mejores condiciones que el padre para conocer de las aptitudes de su consorte y abuelas del menor, la ley le concede la facultad de nombrarles, a una y a otras, en su caso, consultores, cuyo dictámen hayan de oír en determinados circunstancias.

470. Los actos, para cuya ejecución necesitan la madre o abuelas, oir el dictámen del consultor o consultores nombrados, pueden referirse, tanto a la personana del menor, como a sus bienes; la ley no hace distinciones ningunas; su precepto es general y por lo mismo, comprende toda clase de actos.

471. Pero lo que sí exige la ley es que los actos, respecto de los cuales la madre o abuela tienen la obligación de oír a los consultores nombrados por el padre, deben ser expresamente determinados por éste. Según esto, ¿cuál será el alcance que tenga la restricción impuesta por el padre, cuando se ha limitado a nombrar consultores, sin determinar los actos en que se hará necesaria su intervención? El Señor García Goyena, en cuya obra se inspiraron nuestros legisladores en la materia que nos ocupa, dice en su comentario al artículo 165 de sus Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español: «Puede el padre determinar actos especiales, puede expresar que sea para todos, *y así se entenderá cuando no haya expresado ni uno, ni otro*» Fundándose en la autoridad de este jurisconsulto y en la consideración de que nuestro artículo 363 está tomado del 165 del Proyecto mencionado, el Señor Licenciado Verdugo da a aquel artículo la misma interpretación que el expresado jurisconsulto da al 165 de su proyecto (1). Nosotros, empero, no obstante la fuerza que nos hace la idea de que el legislador mexicano, en la materia de que se trata, se haya inspirado en las doctrinas del Señor García Goyena, y a pesar del respeto que nos merece el Señor Licenciado Verdugo, nos resistimos a aceptar su opinión, y para ello nos basamos en los términos de nuestro artículo 393, en cuya parte final claramente se dice que los actos para los que

(1) Verdugo, ob. cit. t. V. núm. 49.

deben oír la madre o abuelas el dictámen de los consultores nombrados por el padre, han de ser los que éste *expresamente determine*; de aquí inferimos que si el nombramiento de consultores se ha hecho *sin expresa determinación* de aquellos actos, la madre o abuelas no tienen el deber de consultarlos. Que esta fué la intención del legislador mexicano nos lo revela el hecho de que no se limitó a copiar literalmente el artículo 165 del Proyecto del Señor Goyena, sino que a las palabras que contiene agregó el adverbio *expresamente*, con lo que, en nuestra opinión, quiso demostrar que si admitía restringir la libertad de la madre y abuelas en el ejercicio del poder paterno, tal restricción, sin embargo, no la aceptaba con todos los alcances que le daba el jurisconsulto español.

Por otra parte, nos mueve a aceptar la interpretación que le hemos dado al artículo 393, la consideración de que implica una restricción al ejercicio del poder paterno, y que es principio de buena interpretación que toda disposición limitativa de un derecho debe entenderse restrictivamente. La cuestión, sin embargo, nos parece muy controvertible.

472. Lo que sí no admite controversia en nuestro derecho, es que la facultad del padre, de nombrar consultores a la madre o abuelas, no puede llegar hasta el grado de encargar a aquellos de la administración de los bienes del hijo, con exclusión de la persona que ejerce la patria potestad, pues de los términos de la ley se infiere que las atribuciones de los consultores son, como la misma palabra lo indica, meramente consultivas: admitir otra cosa, sería quebrantar la patria potestad, sería privar a la madre o abuelas de los derechos que les pertenecen con relación a sus hijos o nietos, derechos que tienen, no por voluntad del padre, sino por mandato de la ley.

473. La obligación que tienen la madre o abuelas, a quienes el padre les ha nombrado consultores para el ejercicio del poder paterno, se limita a *oir* el dictámen de dichos consultores; no tienen el deber de sujetarse a ese dictámen; ni el artículo 393, ni ninguno otro, les impone tal deber. Conviene citar a este respecto las palabras del Señor Goyena, al referirse al artículo 165 de su Proyecto: «No tiene, pues, la madre necesidad u obligación de seguir el dictámen del consultor; en otro caso vendría a quedar privada de parte de sus derechos por un medio indirecto; la ley permite que se ilustre a la madre, pero presume que obrará siempre en el interés de sus hijos» (1).

474. ¿Cuál es la sanción que tiene el artículo 393? ¿Son nulos los actos ejecutados por la madre o abuelas, sin *oir* el dictámen del consultor o consultores nombrados? Para que se admitiera la nulidad, sería necesario un texto que la estableciera, y lejos de ello, la parte final del artículo mencionado prescribe que el acto ejecutado por aquellas, sin haber oído a los consultores, *no se anulará por este solo motivo*. La única sanción que tiene el artículo 393 consiste en que la madre o abuelas, a instancia de los consultores cuyo dictámen no hayan oído, pueden ser privadas, en juicio contradictorio, con audiencia del Ministerio público, de toda su autoridad y derechos sobre sus hijos o nietos (art. 396). Habiendo comentado este artículo en el número 458, para no hacer repeticiones inútiles, remitimos al lector a lo que ahí dijimos.

475. Siendo la facultad que tiene el padre, de nombrar consultores, consecuencia del poder paterno, es lógico que no puedan hacer uso de ella, más que cuando estén en el ejercicio de aquel poder. ¿A qué momento deberá atender-

(1) García Goyena, ob. cit. art. 165.

se, para saber si el padre está en ejercicio de la patria potestad? Dado que la única forma en que el padre puede hacer el nombramiento de consultores es el testamento ¿debe atenderse a la fecha de éste, para la determinación de aquel momento, o a la de la muerte del padre? Si juzgamos según los principios, debemos resolver que el momento a que debe atenderse para juzgar de la aptitud legal del padre, es a aquel en que ejerce la facultad que la ley le concede; ahora bien, como tal facultad no puede ponerla en ejercicio más que por testamento, es la fecha de éste, la que debe tomarse en consideración; de manera que, si el padre, al hacer su testamento, está en el ejercicio de la patria potestad, el nombramiento de consultores que en él haya hecho es válido, por más que posteriormente se vea privado de aquel derecho y en esas condiciones muera.

Esto es lo que dicen los principios; pero nuestro Código se ha separado de ellos, estableciendo que para juzgar de la aptitud legal del padre, para nombrar consultor o consultores a la madre o abuelas, en su caso, hay que atender al momento de su muerte. *No gozarán de esa facultad* (la de nombrar consultores), dice el artículo 394, *el padre, que al tiempo de morir, no se hallare en el ejercicio de la patria potestad, aunque el nombramiento se haya hecho en testamento anterior a la pérdida o suspensión de aquel derecho*. Queriendo buscar alguna justificación a este precepto, se expresa en los siguientes términos el Señor Licenciado Verdugo: «No encontramos otra justificación para esto que el afán del legislador para hacer tan gravosa como es posible la pena de suspensión o pérdida de la patria potestad, pena que se lleva hasta el odioso extremo de nulificar aun los actos practicados antes de haber incurrido en ella. Pero ¿será alguien merecedor de castigo antes de haber delinquido? Quizá también nuestros legisladores hayan querido aprovechar

este medio que se les presentaba para restringir aquella facultad del padre testador, que tan poca confianza revela en orden a la madre. De todas suertes, la prescripción de nuestros Códigos nos parece contraria a los más elementales principios de derecho» (1).

El principio consagrado por el artículo 394 tiene una excepción, que el artículo 395 consigna, diciendo que *cuan- do la suspensión se funde en ausencia o locura, valdrá el nombramiento, si se hizo en testamento anterior a la declaración de ausencia, o a la enajenación mental*. Estos dos casos de excepción, de locura y ausencia, los justifica el Señor García Goyena, diciendo, en cuanto al primero, que no sería justo añadir aflicción al afligido ni agravar la desgracia al desgraciado, y en cuanto al segundo, por ser el nombramiento de consultores, un derecho útil al hijo (2).

476. ¿Tiene el padre la facultad de revocar el nombramiento que haya hecho de consultores? La afirmativa no es dudosa; la única forma que la ley admite para hacer el nombramiento de consultores es el testamento; ahora bien, siendo éste revocable, por la misma razón se debe entender que lo es el nombramiento susodicho (artículo 3472). Además de esta razón, existe otra y es la de que el nombramiento depende de la sola voluntad de quien lo hace. La misma decisión debe darse en el caso en que el testamento sea declarado nulo.

477. ¿En qué forma debe hacerse la revocación? Teniendo en cuenta que el nombramiento sólo puede hacerse en testamento, creemos que la revocación debe hacerse de igual manera, esto es, por la facción de un testamento posterior.

(1) Verdugo, ob. cit. t. V. núm. 60.

(2) García Goyena, ob. cit. art. 165.

478. Oportunamente veremos que la tutela es un cargo obligatorio, del que nadie puede excusarse sino con motivos fundados; ¿tiene este mismo carácter el nombramiento de consultores a la madre o abuelas, que ejercen la patria potestad? Evidentemente que no, pues son cosas muy distintas los cargos de tutor y de consultor; este último no es más que un mandatario ordinario, cuyas funciones no están, por manera alguna, sometidas a las reglas de la tutela; de aquí que sea para él voluntario el aceptar o no la misión que el padre le confirió. Está por demás decir que en caso de no aceptación, la madre o abuela, queda libre de ejercer la patria potestad, sin restricciones de ningún género.

De lo anterior resulta también que la persona nombrada por el padre para servir de consultor o consejero a la madre o a la abuela, en su caso, puede, después de haber aceptado el nombramiento, renunciar a él.