

y 194 el segundo, bien claro dicen que la patria potestad puede ser arrebatada á aquel de los cónyuges que fuere inocente de las causas del divorcio, aun antes de que se pronuncie sentencia sobre él.

39 Puede sin embargo suceder que el que ejerce la patria potestad, ejecute actos que, aunque en sí mismos no constituyan alguno de los delitos á que antes nos hemos referido, importen un abuso grave de la autoridad paterna ó sean un verdadero peligro en el orden físico ó moral para el hijo. ¿La falta de delincuencia legal, que hará imposible la aplicación de los artículos relativos del Código penal que prefijan las penas de los delitos en contra del orden de la familia, impedirá también que la patria potestad se pierda? Esto sería contrario á los fines para cuyo logro se ha establecido la patria potestad, institución que asume no solo el carácter de autoridad sobre el hijo, sino también y muy principalmente el de protección en favor de él mismo. Los preceptos de nuestros códigos que acabamos de exponer, responden al caso en que se trate de un verdadero delito en contra de la familia; ¿no habrá otros que provean á la necesidad de hacer tan puro como sea posible, el ejercicio del poder protector que se encuentra á la cabeza de aquella? El antiguo derecho enumeraba, entre las causas forzosas de emancipación, el castigo cruel del hijo y su corrupción por el padre (1), quien incidía á no dudarlo, con tales actos en verdaderos y punibles delitos. Mas como hay también acciones que sin ser previstas por el legislador en el catálogo de las delictuosas, acusan con todo en el agente cuando menos predisposición para aquellas, el derecho moderno, atento á escudar la familia contra todo lo que pueda mancharla, ha fijado su atención en este punto y considerado que hay

(1) *Dig.* 1. 5, tít. 12, lib. 3.—*Cod.* 1. 12, tít. 4, lib. 1.—*Partida* 4, tít. 18, l. 18.—*Donellus Op.* lib. 2, cap. 26, núm. 20.

también actos que aunque no revistan todos los caracteres de verdaderos delitos contra la familia, son bastante serios para amenazar su buen orden y conservación, ya por los funestos frutos que de sí mismos pueden dar, ora por la perversidad que denuncian en sus autores, quienes resultan indignos del ejercicio de una facultad expuesta en sus manos á mil gravísimos peligros en daño de los hijos. Excepto el Código de Napoleón que guarda silencio sobre el particular, de lo que se ha originado gran diversidad en la jurisprudencia y en la doctrina (1), la mayor parte de los Códigos modernos otorga á los tribunales la facultad de privar de la patria potestad al que la ejerce, ó modificar su ejercicio por actos de excesiva severidad, por falta de educación, por preceptos inmorales ó por ejemplos ó consejos corruptores. Entre estos Códigos son dignísimos de mencionarse los nuestros, que llegan hasta la enumeración tan minuciosa como era posible en el severo y conciso idioma del legislador, de los actos que sin ameritar la imposición de una pena, por no constituir delitos propiamente dichos, importan en contra de quien los ejecuta la indignidad del poder paterno (arts. 364 del Código de Veracruz; 315 del de Estado de México; 417 del del Distrito Federal de 1870 y 390 del actual). El Código de Tlaxcala, mudo como el francés, sobre el punto que nos ocupa, ó dará lugar á vivas controversias sobre su aplicación, ó habrá de interpretarse contra lo que hemos dicho, en el sentido de que solo los verdaderos delitos á la familia adversos, obliguen á la privación de la patria potestad. El Código de

(1) En favor de la privación de la patria potestad: Merlin, *Rep.* "Education." § 1.—Demante, tom. 1, núm. 365, note 1.—Demolombe, tom. 6, núm. 367.—En contra: Baudry.—Lacantinèrie, tom. 1 núm. 800.—Laurent, tom. 4, núm. 265.

Veracruz, en el artículo que acabamos de citar, contiene un concepto que no puede menos que contribuir á graves confusiones en su aplicación. Dice este texto legal, que la «excesiva dureza del padre en el trato con sus hijos, puede autorizar á los tribunales para privarlo de la patria potestad ó modificar su ejercicio.» ¿Los preceptos, ejemplos ó consejos corruptores no autorizarán igual proceder? El precepto que nos ocupa contesta que sí, *siendo viudo* el padre. No comprendemos esta condición á que el legislador Veracruzano parece haber querido sujetar la segunda causal para la pérdida de la patria potestad, pues en ambos estados del padre de familia, es posible la indignidad que se señala.

40. Hemos dicho que los textos legales á que acabamos de referirnos, no tratan de delitos que además de la pena señalada en la ley respectiva, ameritan la pérdida de la patria potestad. Se trata, pues, de actos que el legislador ha considerado como motivos de indignidad para la patria potestad, en su afán de hacer de la familia una escuela para todas las virtudes y el asilo sagrado y protector en favor de los débiles hijos. Y como son genéricas las expresiones empleadas en la ley, toca á los tribunales en cada caso particular, interpretarlas y aplicarlas de acuerdo con los fines fundamentales de la familia. "Hay abuso de la autoridad paterna, dice Lnurent (1), si los padres, en lugar de educar á sus hijos, los maltratan rehusándoles los alimentos necesarios á la vida, golpeándolos, aun cuando los golpes no constituyan un delito criminal. Se encuentran á veces monstruos, que se complacen en atormentar á sus hijos; son de ordinario madrastas ó padrastos; . . . . . En

(1) Laurent, *Avant projet*, art. 370.

cualquiera de estas hipótesis, el abuso de la autoridad debe ser castigado con la destitución."

41. Nos resta saber cuando la patria potestad solamente *se suspende*. Ni el antiguo derecho, ni el Código francés contienen en términos claros ninguna disposición según la cual deba en ciertos casos operarse simplemente tal modificación en el ejercicio de aquella autoridad. Pero conforme á la doctrina y jurisprudencia basadas sobre este cuerpo de leyes, la suspensión pertenece á la facultad concedida á los tribunales de moderar ó limitar el ejercicio del poder paterno cuando como lo hemos expuesto, hay abuso de parte del padre ó peligro para el hijo, siquiera éste provenga de la deficiencia con que el encargado de la patria potestad llena sus deberes (1). Más clara nuestra legislación nacional é inspirada en los Códigos de varias naciones que en no pocos puntos han mejorado las leyes civiles francesas (2), expresa que la patria potestad se suspende: I por incapacidad declarada judicialmente; II por ausencia declarada en forma; y III por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión (arts. 365 del Código de Veracruz; 316 del de Estado de México; 297 del de Tlaxcala; 418 del del Distrito Federal de 1870 y 391 del actual). Si en cuanto á las dos últimas causas para la suspensión de la patria potestad no presentan nuestros Códigos ninguna diferencia, se observa todo lo contrario respecto á la primera, ó sea, la que consiste en la incapacidad del padre, judicialmente declarada. Se sabe que desde el antiguo

(1) Pothier, *Trait. des pers.*, part. 1, tit. 6, sect. 2, núm. 134.—Marcadé, *sur l'art.* 373.—Masse y Vergé, *sur Zachriae*, tom. 1, § 186.—Demolombe, tom. 6, núm. 296.—Arret: Alger, 27 juin 1864 [Sirey: 1864, II, 288].

(2) Código civil argentino, art. 47.—Código civil chileno, art. 262.—Código civil portugués, art. 168.—Código civil austriaco, art. 176.

derecho (1) eran reconocidos como incapaces no solo los locos y sordo mudos, sino también los pródigos en orden á los cuales son notables las siguientes palabras del orador romano: *Prodigi sunt qui epulis et viscerationibus, et gladiatorum muneribus, ludorum venationumque apparatus, pecunias profundunt in eas res, quarum memoriam aut brevem, aut nullone omnino sint relicturi* (2). La incapacidad por esta causa ¿subsiste aun en nuestro moderno derecho entre las que motivan la suspensión de la patria potestad? Así lo declaran los Códigos de Veracruz (art. 566), el de Estado de México (*arts. cit.* 517 y 518) y el del Distrito Federal (*arts. cit.* frac. 2, 432 y 472); pero reconociendo todos que la suspensión de la patria potestad por causa de prodigalidad solo se entiende con respecto á los bienes del hijo en cuya administración el padre pródigo permanece sujeto á su tutor ó curador. El Código del Distrito Federal, actualmente vigente y el de Tlaxcala, no aceptando la incapacidad del pródigo en ningún sentido, tampoco la enumeran al tratar de las causas que interrumpen el ejercicio de la autoridad paterna. "La prodigalidad, decía en su dictamen la primera comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, al motivar la reforma del Código Civil de 1870, es un defecto que no puede definirse con entera precisión, y que por lo mismo no es fácil calificar con exactitud. Lo que para unas personas podrá ser un exceso de lujo y despilfarro, para otras viene á ser una necesidad de que no pueden prescindir: esto depende de los hábitos, de la educación, del círculo en medio del cual se vive, y de otras mil circunstancias que no pueden ser

(1) *Partida* 6, tít. 16. l. 4.—*Partida* id, tít. 1, l. 9.—*Partida* id, tít. 1, lib 13.—*Partida* 3, tít. 6, l. 2.—*Dig.* lib. 27, tít. 10, l. 1.—Gutiérrez Fernández, *Códigos fundamentales*, tom. 1, pág. 758.—Pothier, *Traité des obligat.* núm. 51.

(2) Ciceron, *De officiis*, lib. 2, núm. 16.

exactamente apreciadas en el terreno judicial. Esta dificultad ha dado por resultado entre nosotros, que rara vez se haya pronunciado un auto de interdicción por prodigalidad; mas en las crónicas de algunos tribunales extranjeros, vemos que se ha abusado de este medio en diversas ocasiones, y que se ha despojado de la administración de sus bienes á varias personas, bajo pretexto de que hacían gastos excesivos, que tal vez no lo serían si se examinaran con más imparcialidad. En tan difícil materia, para legislar con acierto, se necesitaría dejar un amplio campo al arbitrio judicial, y suele suceder que este arbitrio se convierte con frecuencia en abuso y en arbitrariedad."

"Nuestro Código vigente define la prodigalidad, empleando para ello cuatro artículos, de la manera siguiente: La prodigalidad consiste en la profusión y desperdicio de la hacienda propia, gastando de modo que se consuma más de lo que importen las rentas ó utilidades de los bienes en cosas vanas ó inútiles. "No se considera prodigalidad el empleo de los bienes en cualesquiera empresas industriales, mercantiles ó agrícolas, aunque el mal éxito de ellas se deba á falta de conocimiento ó experiencia del dueño." "Se considera prodigalidad la disipación de los bienes en el juego, la embriaguez y la prostitución." La calificación de otras causas de prodigalidad queda sometida al Juez." Estas disposiciones vienen á refundirse en este corolario que las abraza á todas: toca al juez calificar si las cosas en que se emplean las rentas son vanas ó inútiles; toca al juez decidir si lo que se gasta en el vino ó en las diversiones importa la disipación de los bienes; toca al juez calificar cualesquiera otras causas de prodigalidad; luego, en resúmen, la autoridad judicial puede resolver arbitrariamente sobre el uso que los particulares hacen de sus bienes, y puede quitarles la administración de éstos cuando á

su juicio gastan con profusión en cosas que el mismo juez estime como vanas é inútiles."

"Disposiciones como éstas, podrán ser muy laudables en un sistema patriarcal, en que la magistratura tenga por objeto intervenir en el interior doméstico para averiguar los gastos que se hacen, los precios que se han pagado por las cosas, y el uso más ó menos útil á que éstas se destinen; pero donde, siguiendo los principios del derecho público moderno, se ha proclamado la libertad individual como base de las instituciones sociales, donde está reconocido que nadie puede ser molestado en su persona, familia y domicilio sin justa causa, donde el derecho de propiedad es inviolable, semejantes disposiciones deben desaparecer, porque son una amenaza constante que existe sobre los particulares, quienes inmotivadamente pueden verse despojados de sus bienes, sin más razón que el abuso que una autoridad pueda cometer de tan amplias facultades. El derecho de propiedad no puede tener más límites que el perjuicio de tercero que tenga mejor derecho; y ciertamente nadie puede tener facultad para calificar el uso que haga de sus bienes la persona que los ha adquirido con legítimo título."

"Aun los tratadistas más partidarios de la intervención de la autoridad en los gastos del pródigo, convienen en que la calificación de prodigalidad se halla al arbitrio del juez, se alarman por los abusos á que pudiera dar origen una calificación errónea ó apasionada, y presentan á los jueces ciertas reglas que les pueden servir de base para decretar la intervención. "Cuáles son las pruebas de la prodigalidad?" pregunta Foullier, y él mismo se responde: "He aquí lo que la ley abandona, con razón, á la prudencia de los jueces. No se puede disimular que siempre hay una poca de arbitrariedad en la manera de resolver esta

especie de negocios; pero semejante inconveniente es inevitable en esta materia, como en otras varias. La prueba de la prodigalidad no puede resultar de un solo abuso, ni aun de muchos, en cosas de pequeña importancia: se necesita que haya actos reiterados y que el abuso se convierta en costumbre. Nuestros antiguos jurisconsultos, para desterrar en parte la arbitrariedad, habían establecido el principio de que nadie podía ser declarado pródigo, sino hasta que hubiese enagenado ó disipado en gastos vanos lo ménos la tercera parte de sus bienes. . . . Los jueces que no quieran proceder arbitrariamente, pueden adoptar como guía esta regla."

"Los antiguos legisladores fueron muy severos con los pródigos; las leyes de Solón los declaraban infames y no les permitían tener parte en las asambleas públicas; otros pueblos de Grecia prohibían que sus cadáveres fuesen inhumados en los sepulcros de sus abuelos; pero es bien sabido que en las repúblicas de la antigüedad el poder del legislador sobre las propiedades privadas no conoció límites, y así se explica como la autoridad se creía con derecho para reglamentar los gastos de los particulares. Roma adoptó también esta severidad: la fórmula que, según el jurisconsulto Paulo, usaban los magistrados para pronunciar la interdicción del pródigo, es tan enérgica como elegante: "Puesto que con tu abandono dilapidas los bienes que recibiste de tus padres y de tus abuelos, y que llevas á tus hijos á la miseria, te prohibo tener esos bienes y administrarlos. Las leyes españolas ménos rigurosas, permitieron á los pródigos "desgastadores" administrar sus bienes con la intervención de un curador; y por último, el Código francés los deja administrar libremente sus bienes y disponer de sus rentas, y solamente les prohíbe enaje-

nar ó hipotecar los inmuebles, si no es con la anuencia del consejo de familia."

«Las razones que se dan para mantener estas restricciones, no obstante que los tratadistas modernos convienen en que son contrarias á los principios, se reducen á tres: primero, que los pródigos son una especie de locos que gastan desatinadamente sin poderse contener: segunda, que la prodigalidad destruye el patrimonio á que tendrían derecho los herederos forzosos; y tercera, que la autoridad debe impedir á los pródigos que se arruinen, para que no vengan á ser una nueva carga para el Estado con el trascurso del tiempo. Desde luego se advierte que si la prodigalidad procede de enagenación mental, los que la padecen deberán quedar sujetos á interdicción; mas no en calidad de pródigos, sino como dementes cuyas facultades intelectuales, morales ó afectivas se hayan pervertido. Sobre este particular hace reflexiones muy sensatas el tribuno Bertrand de Greyille en el informe que rindió sosteniendo el art. 513 del Código francés. El proyecto actual, dice, no ha creído que se debe tratar á los pródigos con el mismo rigor que á los insensatos. Ha pensado que éstos, totalmente privados de la razon, no son susceptibles de reflexión ninguna, ni de sentimiento alguno que pueda hacer esperar su regreso á principios de orden y á ideas de economía; mientras que los pródigos, aunque impulsados por hábitos é inclinaciones desordenados, siempre son accesibles á las representaciones de la amistad, á las combinaciones del interés personal; y por lo mismo aun puede brillar para ellos la luz de la experiencia y hacerlos sentir la necesidad de una conducta mas reservada. Además, si el pródigo excede en sus gastos á toda proporción, siempre puede decirse que tiene derecho para hacerlo; y sobre todo que su voluntad es constante; mientras que el insen-

sato no tiene la facultad de querer, porque la voluntad supone un pensamiento que la precede y la determina, y el insensato no tiene pensamientos propiamente dichos, sino solamente fuegos fugitivos de una imaginación incandescente y exagerada."

.....  
 .....  
 .....  
 "El último argumento en que pretende apoyarse la interdicción por prodigalidad y que consiste en evitar que más tarde venga el pródigo á ser una carga para el Estado, es de aquellos que por probar demasiado nada prueban. Efectivamente, si el poder público estuviera autorizado para limitar los derechos de los particulares, siempre que hubiera de temerse que éstos, con las consecuencias de su conducta, pudieran ser gravosos al Estado, sería preciso prescindir por completo de la libertad individual, y constituir á la autoridad pública en tutor obligado de todos los habitantes de una nación: considérese la multitud de personas que pueblan los hospicios, los hospitales, las casas de cuna, las casas de maternidad y los manicomios; imáginense las causas diversas que producen esta multitud de seres desgraciados, y dígame si sería conveniente que la autoridad interviniera para impedir estas causas, á fin de evitar gravámenes á los fondos del Estado. La vida civil sujeta á esta reglamentación, sería menos libre que la que observaban los monjes en sus conventos, y el yugo que se hiciera pesar sobre los particulares, llegaría á ser tan fatigoso, que preferirían perder la protección de la sociedad, antes que disfrutar de ella á costa de tan grave sacrificio."

Volviendo á los Códigos que enumeran la prodigalidad entre las causas para la suspensión de la patria potestad, creemos necesario hacer constar bajo qué condiciones es considerada tal incapacidad. Los Códigos de Veracruz (arts. 560 á 571), de Estado de México (arts. 512 á 521) y del Distrito Federal de 1870 (arts. 472 á 483), á semejanza del Código francés (arts. 513 á 515), no comprenden en la incapacidad del pródigo para la patria potestad, sino los actos que se refieren á la administración de los bienes del sujeto á aquella, quedando en consecuencia vivos los demás derechos paternos sobre la persona, ni la aceptan, á no ser que esté declarada judicialmente, ó sea, previo el cumplimiento de un verdadero juicio inquisitivo sobre su existencia y en el cual debe ser oído el padre interesado (1).

42. Respecto de las otras causas que ameritan la suspensión de la patria potestad, ó sean las relativas á la incapacidad mental del padre por locura ó sordera-mudéz, ausencia declarada en forma y no simplemente pasajera ó presunta y á la condenación á una pena que traiga como consecuencia aquel efecto, todos nuestros Códigos están acordes, exigiendo á una que la incapacidad haya sido declarada judicialmente, que el sordo-mudo no sepa leer ni escribir y se trate de definitiva sentencia condenatoria.

43. Debemos ahora hacernos cargo de varias importantes controversias á que pueden dar lugar algunos de los textos de nuestros Códigos que se refieren á *pérdida, ó suspensión* de la patria potestad. Si no hay ninguna dificultad por lo que respecta al divorcio, pues entonces ya se sabe que la patria potestad pertenece al cónyuge no culpa-

(1) Demolembe, tom. 8, núm. 770.

ble (2), ni existe tampoco ninguna en orden á la ausencia, en cuyo caso la patria potestad pasa al ascendiente á quien corresponda según la gradación que en otra parte expusimos (núm. 8), ó bien se provee al hijo de tutor, ¿qué decir cuando se trata de pérdida ó suspensión de la autoridad paterna por razón de delito ó de actos que ameriten cuando menos, según ya lo dijimos, la indignidad para desempeñar aquella? Supóngase que un padre es condenado á la pérdida ó á la suspensión de la patria potestad á causa de un delito que amerite la imposición de esa pena; ó bien tómese en cuenta que los tribunales en razón de actos reprochables del padre que no constituyan un verdadero delito, lo privan de aquella misma autoridad, ó por lo menos modifican su ejercicio. Si siguiendo la gradación establecida por todos nuestros Códigos para el desempeño de la patria potestad, se traslada ésta con todos sus derechos y obligaciones á la madre, ¿cómo no ver en este cambio la impunidad del padre culpable y un remedio ilusorio en favor del hijo, cuando la madre continúa sujeta al poder marital? ¿A cuántas contiendas no tendrá que someterse esa madre, por un lado soberana de sus hijos y por el otro esclava de su marido culpable é irritado? Esto ha hecho decir á Vazeille que el poder paterno de que es despojado el padre por causa de delito ó abuso, no podría pasar á la madre, porque estando bajo la dependencia marital, los hijos se encontrarían indirectamente sometidos al poder de que habían sido desligados (1). Sin duda que es grave esta dificultad, desde que se considera que la patria potestad consiste no solo en la administración de los bienes del hi-

(2) Véase el tomo 3 de esta obra, núms. 189 á 191.

(1) Vazeille, *Du mariage*, tom. 2, núm. 433.

jo, sino muy principalmente en su guarda y educación. ¿A qué queda reducida la pena en que el padre culpable hácia su hijo ha incurrido, si la madre á quien la patria potestad pasa, debe vivir donde su esposo y obedecerle y respetarle? En derecho francés la cuestión no es tan árdua como parece, pues se resuelve en sentido favorable al hijo. Así puede enseñar Demolombe que, si el padre á quien pertenece el ejercicio del poder paterno, desconociera los deberes que resultan para él de la guarda y de la educación del hijo, sería preciso que la justicia interviniese; que el tribunal tomaría en este caso, como en cualquier otro, las medidas que le parecieren necesarias y convenientes para el mayor interés del hijo (1). En nuestro derecho no podemos hablar del mismo modo por tener textos expresos que salen al encuentro de la dificultad, en previsión, á no dudarlo, del mayor interés del hijo. La diferencia, empero, de las precauciones establecidas por las distintas leyes locales que imperan en la República, á causa del sistema federativo, nos hará ver, que si nuestros legisladores han previsto el grave peligro de sustraer al hijo de la patria potestad del padre culpable dejándolo siempre sometido á ella, mediante la sujeción de la madre á su esposo, no lo han evitado por los mismos medios ni con toda la eficacia que en tan trascendental materia sería de desear.

En efecto, los Códigos del Distrito Federal (arts. 545, inciso 1.º y 546 del de 1870; 445, inciso 1.º y 446 del actual) declaran que en el *caso de suspensión ó pérdida* de la patria potestad ó de impedimento del que deba ejercer-

(1) Demolombe, tom. 6, núm. 371.

la, hay lugar á la tutela legítima, la cual corresponde á los hermanos varones, y por falta ó incapacidad de éstos, á los tíos, hermanos del padre ó de la madre. En consecuencia, he ahí conjurado con la supresión de la patria potestad el peligro que indicábamos, pues sustituida aquella por la tutela legal, ya no debe temerse que las personas designadas por la ley para desempeñar ésta, falten á sus obligaciones, ni por miedo, ni por respeto al padre culpable, de quien la mayor edad y la garantía de su cargo las hacen independientes. Por esto vimos antes (núm. 8) que el legislador, después de establecer la gradación conforme á la cual son llamados los padres y demás ascendientes al ejercicio de la patria potestad, aclara que *sólo* por muerte, interdicción ó ausencia del llamado preferentemente, entrará al desempeño de la autoridad paterna la persona que le siga en el orden establecido. Contra este sistema ciertamente pudiera decirse que el respeto natural de los hijos, aun mayores de edad, á sus padres será causa de que la tutela encomendada á aquellos no constituya sino un débil escudo para resguardo del hijo menor, arrancado del poder del padre culpable. No negamos la verdad de la objeción en algunos casos; pero debe reconocerse que el legislador en su justísimo propósito (núm. 7) de no introducir en los asuntos domésticos, sino cuando absolutamente fuera inevitable, á personas extrañas á la familia, á nadie con mayores garantías de sincero afecto é independencia podía confiar la guarda del infeliz hijo de padres culpables, que á sus hermanos mayores y á sus tíos. Por lo demás, fuerza es convenir en que, cualesquiera que sean los inconvenientes de este sistema, resultan siempre menores que los que se siguen de quitar al padre