

T
346.017
G633P
1965
F.J.ycs
Ej: 4

2 53

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

“LA PATRIA POTESTAD EN
LA LEGISLACION SALVADOREÑA”

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

J O S E O S C A R G O M E Z

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DICIEMBRE DE 1965



SAN SALVADOR,

EL SALVADOR,

CENTRO AMERICA

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Rector: Doctor Fabio Castillo Figueroa

Secretario General: Doctor Mario Flores Macall

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Decano: Doctor Roberto Lara Velado

Secretario: Doctor Manuel Atilio Hasbun

TRIBUNALES EXAMINADORESEXAMEN GENERAL PRIVADO DE MATERIAS CIVILES
PENALES Y MERCANTILES.

Presidente: Doctor Arturo Zeledón Castrillo
Primer Vocal: Doctor José Salvador Aguilar Sol
Segundo Vocal: Doctor José Ignacio Paniagua.

EXAMEN GENERAL PRIVADO DE MATERIAS PROCESALES CIVILES Y
PENALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS.

Presidente: Doctor Francisco Bertrand Galindo
Primer Vocal: Doctor Manuel Atilio Hasbun
Segundo Vocal: Doctor Francisco José Retana.

EXAMEN GENERAL PRIVADO DE CIENCIAS SOCIALES

Presidente: Doctor Reynaldo Galindo Pohl
Primer Vocal: Doctor Armando Napoleón Albanéz
Segundo Vocal: Doctor Alfonso Moisés Beatriz.

TRIBUNAL DE TESIS DOCTORAL

Presidente: Doctor Guillermo Manuel Ungo
Primer Vocal: Doctor José Napoleón Rodríguez Ruiz
Segundo Vocal: Doctor José Ernesto Criollo.

DEDICATORIA:

á mi madre;

a mi esposa;

a mis hijos;

a mis hermanos.

También la ofrezco, con respeto, a la
memoria de mi padre.-

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA

La Patria Potestad en el Derecho Romano.

La Patria Potestad en el Derecho Español.

La Patria Potestad en el Derecho Francés.

La Patria Potestad según el código Civil de El Salvador de 1860.-

En el Derecho antiguo, patria potestad significó más que una facultad, un poder absoluto del padre sobre sus hijos.- En Roma, revestía un carácter despótico y el pater familia la ejercía no solamente sobre los hijos menores de edad sino sobre todas las personas constitutivas de la familia aunque fueran mayores de edad, y no importaba que pertenecieran a ella por los vínculos de la sangre o debido a vínculos civiles como consecuencia del matrimonio o de la adopción.

La familia romana tenía su " sacra ", es decir su culto especial y el pater familia era su sacerdote. En cuanto a las faltas o delitos cometidos por los filii familias podía sancionarlos en la forma que estimara conveniente, con prisión, castigos corporales o con la muerte, pues para eso era el Juez Supremo. Si el delito era cometido contra un extraño, podía entregar el hijo al perjudicado.

Las personas consideradas en familias se dividían en sui-juris y en alieni juris; eran sui juris las personas independientes de la autoridad de otra y se les llamaba pater familia o sea el je-

fe de familia. Su calidad les daba derecho a poseer un patrimonio y les permitía además ejercer los siguientes poderes: a) el del señor sobre el esclavo; b) el de la patria potestas o autoridad paterna; c) la manus, o autoridad del marido, la cual era ejercida a veces por un tercero, sobre la mujer casada; y d) el mancipium o sea la autoridad especial de un hombre libre sobre una persona libre. - Estos dos últimos cayeron en desuso en tiempos de Justiniano. Las personas alieni juris no dependían de ellas mismas, sino que estaban sometidas a la autoridad de otro.

Podía ocurrir que una mujer fuera sui juris y se le llamaba entonces mater familia estuviera o nó casada, siempre que fuera de conducta honesta. En tal situación podía tener un patrimonio y ejercer autoridad de ama sobre sus esclavos, pero estaba privada de los otros tres poderes los cuales eran derechos exclusivos de los hombres, en su caso.

El poder absoluto del pater familia se aplicaba tanto a las personas sometidas a su autoridad como al patrimonio de éste. Disponía de su familia a su propio arbitrio, la cual modificaba a voluntad, haciendo ingresar extraños por medio de la adopción y excluyendo a sus descendientes por medio de la emancipación.

La organización de la familia en la forma expuesta, la cual tiene por base la preeminencia del padre y en donde la madre desempeña un papel secundario, es propia de los orígenes de Roma, cuya situación perduró, sin ninguna reforma durante varios siglos, hasta que fue modificándose lentamente, mediante la comprensión que hubo por parte del Estado de limitar el poder absoluto y cruel del pa

ter familia que en el ejercicio ilimitado de su derecho cometió innumerables delitos en contra de los seres a quienes debía cariño y protección.

En realidad la autoridad paterna no tenía por objeto proteger a los descendientes sino que su fin era satisfacer el interés -- del jefe de familia, el cual estaba revestido de derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del señor sobre el esclavo. Tenía sobre ellos poder de vida y de muerte; también los podía vender y alquilar y estaba facultado para exponer o matar a los recién nacidos.

La pena de muerte se aplicaba aún en tiempos de la República, aunque con alguna moderación, pues para hacerla efectiva era necesario contar con la aquiescencia de los parientes más próximos o de las autoridades estatales. Influyeron especialmente en refrenar los abusos del ejercicio de la patria potestad, los censores, cuya autoridad indeterminada y de índole moral podía ejercerse en este campo.

En el Siglo II de nuestra era, los poderes del jefe de familia se redujeron a derechos de corrección, pudiendo castigar nada más las faltas leves, reservándose la aplicación de la pena de muerte, a los casos en que los magistrados así lo estimaban mediante la sentencia respectiva; y fue en tiempos de Constantino que se ordenó castigar como parricida a todo el que hubiese pensado a matar a su hijo.

Como la autoridad paterna no podía durar indefinidamente -- terminaba por acontecimientos independientes de la voluntad del jefe de familia y por medio de su consentimiento. Entre los primeros po-

demos mencionar la muerte, la reducción a esclavitud y la pérdida de ciudadanía, bien fuera que tales hechos ocurrieron en relación con el pater familia o con el descendiente alieni juris. También ocurría cuando el hijo de familia era elevado a ciertas dignidades, como cuando era nombrado patricio, cónsul, prefecto, etc. Entre los segundos se puede mencionar la entrega en adopción y la emancipación que consistía en el acto por medio del cual el jefe de familia hacía salir al hijo de su potestad haciéndole sui juris.

Ha quedado establecido que los derechos conferidos por la patria potestad se aplicaron sin ninguna restricción en el Derecho Antiguo Romano, habiéndose hecho extensiva esta característica en todas las legislaciones influenciadas por los romanos y España no se sustrajo a tal influencia, sino que la asimiló, aunque no con el rigorismo que la había convertido en una institución cruel e injusta, cuyas consecuencias las sufrían las personas sometidas a ella, sino en el sentido de que su ejercicio correspondía exclusivamente al padre sobre sus hijos legítimos y demás descendientes en línea recta, con exclusión de la madre, quien al igual que sus ascendientes directos no podía ejercerla.

A pesar de que en España los derechos conferidos por la patria potestad no eran ilimitados como en Roma, las leyes de las Partidas en casos de extrema necesidad de manejar, facultaban al padre para vender o empeñar a sus hijos.

Conforme el primer Código Español - el Fuero Juzgo - en caso de muerte del padre, los hijos quedaban en poder de la madre, la cual no ejercía sobre ellos los derechos que confería la patria po -

testad sino una especie de tutela.

El mismo Código prohibió, asimismo, los abusos que el padre de familia pudiera cometer; en consecuencia, no se podían vender o empeñar los hijos y en caso de contravención el contrato era nulo y la cantidad de dinero entregada no podía ser recuperada.- Si el daño inferido por el padre era mayor, como decir privación de la vida del hijo, entonces incurría en delito capital.

En lo relativo a los bienes del hijo no emancipado, únicamente la administración y el usufructo de los mismos correspondían al padre, al cual le estaba prohibido venderlos o enajenarlos a cualquier título.

Posteriormente, Alfonso el Sabio, al promulgar el Fuero Real, concedió la patria potestad a la madre.

Del somero estudio de la patria potestad en el Derecho Romano y en el Español hemos creído conveniente analizarla brevemente, en el Derecho Francés, especialmente bajo el Código de Napoleón debido a la enorme influencia que dicho Código tuvo en casi todas las legislaciones latinas y latinoamericanas, y consecuentemente en la nuestra, las cuales lo tomaron de guía y se inspiraron en sus principios. En efecto es de todos conocido que el Código Civil Chileno encontró su fuente más fecunda en el Código Francés y el Código nuestro siguió a aquél en cuanto al método y plan para su desarrollo.

El carácter despótico y arbitrario de la patria potestad en el derecho antiguo, el cual significaba poder de vida o muerte sobre las personas sometidas a ella, fue suavizado y dulcificado es

pecialmente por la enorme influencia del cristianismo y del Derecho Germano. El primero recomendaba la caridad, la libertad e igualdad entre los hombres y progonaba asimismo la paciencia y obediencia de las personas sometidas a otras; y a éstas ordenaba actuar en relación a aquellas con dulzura y benevolencia. En cuanto al segundo, la familia germana tenía su jefe el cual la representaba y a él --- pertenecían todos los bienes que aquella adquiría; pero no era su señor en el sentido entendido por los romanos sino su protector; en lugar de ejercer un dominio, tiránico, actuaba en forma de tutor y ya no se miraba especialmente su interés sino el de sus hijos.

En el Derecho consuetudinario Francés, el jefe de familia actuaba en relación con las personas de la manera como lo entendían los germanos y en lo relativo a los bienes en la forma como lo disponía el Derecho Romano.

La patria potestad era ejercida también por la madre y el matrimonio del hijo ponía término a ella. Debido a que dicha institución no fue ya considerado como un derecho de los padres sino como un deber de protección de éstos a sus hijos, los cuales necesitan de ello mientras fueran incapaces para valerse por si mismos, con el triunfo de la revolución de 1789 se acordó que el hijo de familia quedaba emancipado al alcanzar la mayoría de edad. La revolución francesa en el afán de combatir el sometimiento de un hombre a otro hombre aún cuando éste fuera su propio padre, llevó el estado de cosas a tal extremo que la autoridad paterna fue sustituida por un consejo de familia el cual participaba en forma tan directa en los asuntos internos de la familia que la autoridad del padre desa-

pareció, y toda manifestación de conducta del hijo con la cual no estaba de acuerdo y que estimaba debería ser sancionada, la sometía al conocimiento del Tribunal doméstico. Esta situación ponosa del padre pretendía asestar un golpe humillante a su autoridad, pero afortunadamente en la práctica no funcionó, no dió resultado y cayó en la indiferencia general.

Esa reacción del pueblo fue recogida en el Código de Napoleón, y al restablecerse la autoridad paterna, ésta se convierte en ley, aunque entendiéndola en sentido diverso de lo manifestado por los romanos; ya que suavizó sus facultades y limitó su aplicación, considerándola como el deber que los padres tienen para con sus hijos no emancipados a quienes están obligados a cuidar mientras sean incapaces. Comprendían además que la madre debería participar también de la patria potestad, pero nada más al ser disuelto el matrimonio, pues mientras subsistiera, debería ser ejercida exclusivamente por el padre.

Durante el período comprendido entre el año de la Independencia patria (1821) y el de la edición de nuestro primer Código Civil (1850), no hubo disposiciones legales, netamente de carácter nacional, que reglamentaran la institución objeto de este estudio y por consiguiente durante el mismo, se aplicaron las leyes de España, relativas a la materia.-

El Código de 1850, nació así: Siendo presidente de la República don Rafael Campo, en Consejo dirigido a las Cámaras Legislativas el día 21 de enero de 1857, hizo referencia a la necesidad de promulgar en el país el Código Civil.

Un año después y para ser preciso el 27 de enero de 1858- el Licenciado Ignacio Gómez, en calidad de ministro del Interior en memoria loída ante las Cámaras Legislativas, manifestó la urgencia- que había de promulgar el Código citado.

En atención a los antecedentes anteriores, el día 4 de febre- ro de 1858, las Cámaras Dichas autorizaron al Poder Ejecutivo para- que nombrara la Comisión respectiva, encargada de la elaboración -- del Código mencionado, la cual fue integrada por los Licenciados Jo- sé María Silva y Ángel Quiróz, que según historiadores patrios fue- ron excelentes jurisconsultos de la República, de gran experiencia- y de mucha voluntad para el trabajo.

Terminaron pronto la labor encomendada y el Código fue re- visado por otra Comisión, formada por los Licenciados José Eustaquio Cuéllar, Anselmo Páiz y Tomás Ayón, quienes presentaron el proyecto del Código revisado con su correspondiente dictamen, el cual es in- teresentísimo y puede leerse en nuestro Primer Código Civil el cual fue editado en la ciudad de Nueva York, Imprenta de JOHANN O. JEN - NERS, 26 Calle de Frankfort en 1860, en el cual entre otras cosas - manifiestan: " y la Comisión Revisora, después de haber comparado - el proyecto con nuestros Códigos actuales y con los de otras nacio- nes cultas de Europa y América, observa que aquel se halla redacta- do con la precisión y claridad que demanda una obra de su naturale- za". " En materia de contratos, la novedad de mayor importancia es la abolición del privilegio de los señores y de otras personas natu- rales y jurídicas asimiladas a ellos para ser restituídos in inte- grum contra sus actos y contratos, siguiéndose en esto lo dispuesto

en el Código Francés y atendiéndose a que semejante privilegio es más perjudicial que útil a las personas mismas en favor de las cuales se halla establecido." " Por lo que toca al método y plan de la obra, la Comisión observa, que se ha seguido el del Código Chileno, que es en realidad el más completo como que en su formación se consultaron varios Códigos de Europa y América."

El 23 de agosto de 1859 el Capitan General Gerardo Barrios en concepto de Senador Encargado de la Presidencia de la República emitió el siguiente decreto:

" Gerardo Barrios, General de División y Senador Encargado de la Presidencia de la República del Salvador, POCUANTO: habiendo examinado detenidamente el Código Civil, redactado por la Comisión nombrada de conformidad con la ley de 4 de febrero de 1858, revisado y reformado por otra Comisión compuesta de dos miembros de la primera y tres jurisconsultos más; y hallándolo en armonía con la Legislación Española que ha regido al país y acacuado a los usos y costumbres dominantes, POCUANTO: usando de la autoridad que la citada ley confiere al Ejecutivo, decreta:

Art. 1o.- Los 2435 artículos comprendidos en los 44 títulos de que constan los cuatro Libros del siguiente Código, con las únicas leyes vigentes en materia civil, que rigen en la República.

Art. 2o.- El referido Código Civil se imprimirá y circulará a quienes corresponda en la forma acostumbrada. Dado en San Salvador a veintitres de agosto de 1859. G. Barrios. El ministro de Relaciones Exteriores Encargado del ministerio de Gobernación, - M. Yrungeray.".-

Pero bien, entrando ya en materia, el Art.244 de dicho --
Código literalmente decía:

" La patria potestad es el conjunto de derechos que la --
Ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados. Estos de-
rechos no pertenecen a la madre.

Los hijos de cualquiera edad, no emancipados, se llaman --
hijos de familia, y el padre con relación a ellos, padre de familia."

Los derechos cuyo conjunto, según la definición anterior--
constituyen la patria potestad aparecen indicados en el Cap. X del--
Código de 1860, y son: la representación legal del hijo, la adminis-
tración de sus bienes y el usufructo de los mismos. --
Las obligaciones impuestas al padre en favor de sus descendientes --
fueron determinadas por separado en capítulo aparte llamado " De --
los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos," --
lo cual indica de manera evidente que las relaciones recíprocas en-
tre padre e hijo que por un lado son deberes y por otro derechos, --
nacidos de los vínculos afectivos naturales entre ellos, son cosas --
diferentes de la patria potestad y por eso las redactaron por se-
parado. Esta separación aún subsiste en nuestros días y así tiene --
mos que en el Código actual está reglamentada por un lado la insti-
tución objeto de este estudio y por otro los derechos y obligacio-
nes entre padres e hijos.-

CAPITULO II

PERSONAS QUE LA EJERCEN

La patria potestad solo la ejerce el padre legítimo.

La patria potestad ejercida por la madre legítima.

La patria potestad ejercida por la madre ilegítima.

La patria potestad ejercida por ambos padres.

La patria potestad respecto del padre natural.

La primera idea que surge al nomás leer la definición que de la patria potestad dió el Código de 1860 es que el Legislador -- Salvaoréno, la consideró, desde un principio, como una institución establecida en beneficio exclusivo del padre, dejando por fuera, como consecuencia de ella, cualquiera obligación de su parte, en beneficio de la persona sometida a la patria potestad.

El otorgamiento de derechos conferidos por la ley al padre sobre sus hijos no es arcaico es herencia del derecho romano y del español, se consideraban la institución como una prerrogativa del padre, nada más, y nunca de la madre y para despejar cualquier duda al respecto el Legislador expresó: " Estos derechos no pertenecen a la madre."

La penosa e injusta situación en que estaba colocada la madre, de no poder ejercer la patria potestad respecto de sus hijos con quienes por otro lado, estaba sujeta a una serie de obligaciones de carácter legal que aún subsisten, no podía durar indefinidamente, pues seguramente desde su inicio chocó con la sensibilidad espiritual de las personas en quienes siempre está latente el sentido de justicia y equidad, los cuales probablemente des e que tales-

disposiciones legales entraron en vigencia, fueron rechazadas, pues es verdaderamente molesto ver por un lado leyes que solo imponen obligaciones sin encontrar en frente de ellas, otras que en compensación otorgan derechos.

Por eso, veinte años después, el artículo 35 de la Ley -- justificada el treinta de marzo de 1880, sustituyó la frase final del primer inciso del artículo 244 C. mediante la cual se negaban a la madre los derechos de patria potestad por otra que decía: " Estos -- derechos pasan a la madre en el caso de la muerte del padre, por -- consiguiente, todo lo que se dispone en el presente título y en el que sigue (el de la emancipación) respecto del padre, se aplicará en tal caso igual en su favor a la madre, excepto cuando la ley disponga es pecialmente otra cosa."

Con la disposición anterior, nuestro Legislador reparó -- en parte la injusticia existente respecto de la madre en lo relativo a los derechos provenientes de la patria potestad; en efecto mientras el padre viviera aquellos derechos continuaban siendo de su exclusividad y únicamente pasaban a la madre al producirse el fallecimiento de aquél. No obstante, las obligaciones impuestas a la madre continuaban siendo las mismas, de donde resulta incongruente la poca comprensión entre la concesión hecha y los deberes maternos existentes. Sin embargo, es encomiable el paso dado por los legisladores salvadoreños, cuya visión de justicia les permitió adelantarse en este respecto y por espacio de muchos años a otros países latinoamericanos, entre ellos a Chile, cuando nuestra legislación civil, por lo que no concedió la patria potestad a la madre sino has-

ta el 12 de marzo de 1925, mediante Decreto Ley número 328 que modificó la capacidad de la mujer casada y le otorgó la patria potestad en las mismas condiciones que al padre cuando éste faltaba por muerte, interdicción o emancipación judicial del hijo.

Fácilmente se comprende que la reforma comentada aunque se emitió con muy buena intención, en la práctica no fue más que un paliativo en los derechos que a toda madre corresponde, algo que en la práctica fue ilusorio, pues no a otra cosa conducía aquellos raros casos en que el padre fallecía antes de ser emancipados sus hijos para que los derechos que conlleva la patria potestad pudieran ser disfrutados por la madre. Por eso, comprendiendo tal error, nuestros Legisladores sustituyeron las palabras de "Estos derechos pasan a la madre en caso de la muerte del padre" por las siguientes: "Estos derechos pasan a la madre en defecto del padre". Con este cambio, las oportunidades es que se brindaban a la madre para ejercer la patria potestad eran muchas más pues quedaban comprendidas en tal frase no sólo cuando el padre faltaba por fallecimiento, sino en cualquiera otra circunstancia como decir: presunción de la muerte del padre, cuando se priva o de la patria potestad por maltrato habitual del hijo en términos de poner en peligro su vida, o por castigo grave dado, por haber abandonado al hijo, por la reprensión del padre que lo hace incapaz de ejercer la patria potestad, casos en los cuales el hijo queda emancipado en relación al padre.

La reforma anterior se publicó en el Diario Oficial del cuatro de agosto de mil novecientos dos, y así aparece en la edi-

ción del Código Civil de mil novecientos cuatro.

Poco tiempo después, según consta en el Diario Oficial del 21 de Junio de 1907, la Asamblea Nacional Legislativa, a iniciativa de la Corte Suprema de Justicia, verificó una serie de reformas al Código Civil; y aprovechó la ocasión para modificar el artículo relativo a la patria potestad, cuya definición que entonces dió, aparece por primera vez en la edición de 1912, y después la encontramos sin ninguna variación, en las ediciones de 1923 y 1927.

La innovación importantísima que se hizo fué la de haber conferido el derecho de ejercer la patria potestad a la madre ilegítima sobre sus hijos no emancipados. Las razones que tuvo el Legislador para conceder la facultad apuntada las desconocemos pues desafortunadamente no nos ha sido posible encontrar la exposición de motivos de dichas reformas en los curules, seguramente, se indica cuáles fueron dichas razones.

Tampoco hemos podido encontrar ningún comentario al respecto; sin embargo es muy significativo el hecho de que un concepto que sufrió en su inicio, una serie de innovaciones, lleve ya más de medio siglo sin ninguna variación, lo cual hace pensar que nuestros estudiosos del derecho seguramente estiman conveniente se mantenga en la forma como se encuentra, en el punto de conceder los derechos de la institución no sólo al padre y a la madre legítima sino también a la ilegítima y por eso no se le ha privado de ella.

Nadie desconoce que en nuestro medio el porcentaje de hijos ilegítimos es elevado y tal vez sea esta la razón principal que inspiró a nuestro Legislador para otorgar la patria potestad a la -

madre ilegítima, y es que en realidad esto es lo justo, puesto que los hijos ilegítimos no tienen padre conocido, en cambio se sabe -- quien es la madre que lo cuida, lo alimenta, lo protege y ante tales hechos innegables en virtud de los cuales ese ser adorable prodiga a sus hijos cariño, amor, sacrificio, es lo menos que se puede hacer: otorgarle los privilegios que al principio sólo correspondían al padre legítimo y después a la madre legítima.

Oremos que desde cualquier ángulo, sea legal o natural, -- que se analice la conveniencia o no de que la madre ilegítima tenga la patria potestad sobre sus hijos no encontraremos -- justificación. La relación entre seres que los vincula nada más -- que el críado proveniente de tener la misma sangre; concretamente -- entre madre e hijo, cuyo padre la ley desconoce, aquella quizás es -- más íntima puesto que la madre sabe que únicamente ella está obliga -- da natural y legalmente a cuidar, alimentar y proteger a su descen -- diente; luego en consecuencia a eso, la más elemental equidad nos -- indica que es a ella y a nadie más a quien corresponde ejercer los -- derechos de la institución mencionada.

Queda claro entonces que según nuestro ley, la patria po -- testad corresponde en principio al padre legítimo, la cual se otor -- ga a la madre legítima en defecto de aquél y también corresponde, -- exclusivamente a la madre respecto de los hijos ilegítimos.

Creo conveniente consignar que hay países los cuales no -- confieren a la madre ilegítima los derechos de patria potestad, tal -- es el caso de Alemania, cuya legislación dispone que respecto de -- los hijos extramatrimoniales, la madre no tiene la patria potestad --

sobre ellos ni el derecho de representarlos, para lo cual se le nombra un tutor que tiene la condición legal de consejero, pero corresponde a la madre el cuidado del hijo.

Fronte a esta especie de graduación de la legislación salvadoreña y de otras similares, ha surgido la tentación a conceder de manera conjunta el ejercicio de la patria potestad al padre y a la madre durante el matrimonio; confiriendo al primero la facultad de decidir en caso de discordia entre ambos ascendientes.

Al respecto, el Código Suizo dispone que a los dos padres corresponde la facultad de representar a los hijos menores y de administrar sus bienes de conformidad con los acuerdos que adopten o según sus respectivas atribuciones dentro y fuera del hogar, concediendo además al padre o madre que ejerce la patria potestad, el usufructo de los bienes del hijo, hasta la mayor edad de éste, a menos que por su culpa se privase a aquéllos del ejercicio de la patria potestad.

En Alemania, el padre tiene el poder y el derecho de tomar bajo su cuidado la persona y el patrimonio del hijo menor de edad y le atribuye la facultad de representarlo; asimismo, durante el matrimonio, la madre, en concurrencia con el padre, tiene el derecho y el deber de cuidar al hijo, pero sin facultad de representarlo y en caso de divergencia de opiniones es la del padre la que prevalece.

El Código Alemán contiene además una disposición similar a las del art. 271 del Código Salvadoreño el cual dispone que la patria potestad se suspende por la prolongada ausencia del padre, por-

estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia, e la cual se siga perjuicio grave en los intereses del hijo; disponiendo además que durante la suspensión de la patria potestad será ésta ejercida por la madre, pero el padre la recobrará cuando cese dicha suspensión y aquél establece que el derecho mencionado pasa a la madre cuando el marido muere o es declarado muerto, y cuando es privado de dicha patria potestad por los Tribunales; y cuando el marido está impedido de hecho o suspendido en el ejercicio del derecho de patria potestad, pasa ésta a la madre, pero sin poder disfrutar del usufructo de los bienes del hijo.

Disposiciones similares a las de Suiza y Alemania contienen los Códigos de Argentina, Perú y Uruguay, lo mismo el de Honduras que dispone el nombramiento de un curador especial para dirimir el conflicto en caso de discrepancia entre el padre y la madre.

El derecho Inglés considera a los hijos menores bajo la tutela del padre, pero puede ejercerla la madre mediante convenio entre ambos progenitores si el Tribunal correspondiente, estima que no es perjudicial para los intereses de aquellos. El Tribunal también puede, cuando la madre lo solicita, dictar las medidas convenientes para la guarda de los menores tomando en cuenta siempre el interés de éstos y la conducta de los padres.

El Código Civil Mexicano no sólo concede el ejercicio conjunto de la patria potestad al padre y a la madre sino que a falta de éstos, llama también a ejercerla en primer lugar, a los abuelos paternos y en segundo, a los abuelos maternos.

Dos novedades se aprecian en la ley de México, las cuales-

son dignas de consignar: el otorgamiento en forma conjunta de la patria potestad a ambos padres y la conceción de la misma a los abuelos. Sobre lo primero algunos críticos consideraban que no es conveniente pues, al ejercerla ambos padres, los conflictos y rencillas domésticas son frecuentes, los cuales se deciden siempre a favor del varón, prevaleciendo así su autoridad como jefe de familia. Respecto a lo segundo las opiniones son favorables, y en síntesis se dice que es mejor otorgar la patria potestad a los abuelos a falta de sus padres y no someter a los menores a tutela la cual muchas veces es ejercida por personas extrañas, sin ningún vínculo efectivo que los una.

Desde el derecho antiguo hasta el de nuestros días, la fuente de la patria potestad es el matrimonio; sin embargo por razones naturales, de conveniencia o prácticas, algunas legislaciones, entre ellas la nuestra, la confieren también a la madre no casada sobre sus hijos no emancipados.

Conforme los Arts. 34 y 35 C. los hijos pueden ser: legítimos si han sido concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que producen efectos civiles y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior a la concepción; ilegítimos los concebidos fuera de matrimonio que no hayan sido legitimados en la forma que la ley permite; y naturales los ilegítimos reconocidos por el padre de manera legal.

Sobre la patria potestad de los hijos legítimos e ilegítimos, la legislación nuestra se ha manifestado en forma expresa, correspondiendo al padre en los primeros y a la madre en los segundos;

en cambio, respecto de los hijos naturales cuya situación jurídica podríamos decir queda en medio de ambos no dijo nada; sin embargo, con base en la definición del Art.252 se concluye que el padre natural nunca tiene la patria potestad la cual corresponde a la madre; y en caso de fallecimiento de ésta, aquel únicamente puede aspirar al nombramiento de tutor de su menor hijo.

Respecto al reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio, no todas las legislaciones están de acuerdo; algunos admiten el reconocimiento nada más por parte del padre y otros lo regulan también en lo relativo a la madre.

En lo referente a la persona que disfruta de los derechos inherentes a la patria potestad en esta clase de hijos tampoco hay unidad de criterio; España, por ejemplo, se la confiere al padre o madre que reconoce al hijo y según la jurisprudencia, ocurre así, - aún cuando el reconocimiento sea forzoso. Nada dispone dicho país en el caso de reconocimiento del hijo por ambos padres; y en presencia de esta situación algunos comentaristas consideran que entonces la patria potestad corresponde al padre y sólo se transferirá a la madre cuando por motivos justificados lo acuerden así los Tribunales, al privar o suspender al padre del ejercicio de aquel derecho, o cuando fallezca o sea declarado incapaz. Lo anterior es lo que dispone la legislación de dicho país, cuando se trata de padres e hijos legítimos y por eso creen que la misma solución debe darse en el caso de los hijos naturales.

También dispone el Código Español que cuando los padres reconocen o adoptan, no adquieren el usufructo ni la administración

de los bienes de los hijos reconocidos o adoptados si no rinden --- fianza a satisfacción el Juez del domicilio del menor. Asimismo establece que los padres naturales podrán ser privados o suspendidos de la patria potestad cuando traten a sus hijos con dureza excesiva o los en órdenes o ejemplos corruptores.

En Francia la patria potestad sobre los hijos naturales la ejerce el padre o madre que haya reconocido primero y cuando el reconocimiento es simultáneo la ejercen los dos, pero la autoridad sólo corresponde al padre; y si éste muere o pierde su derecho, entonces pasa a la madre. Puede ocurrir también, cuando convenga a los intereses del hijo, que el Juez se la confíe al progenitor a quien no le corresponda legalmente.

El Código Suizo la regula en forma por su vez y dispone que el Tribunal tutelar puede conferir la patria potestad al padre que haya reconocido; a cualquiera de los padres, si el reconocimiento se ha realizado por ambos; o no se la concede a ninguno y entonces le nombra un tutor. Por supuesto, es el interés del hijo el que prevalece y el Tribunal dispone de amplia facultad para adoptar la solución más favorable a aquel.

En Alemania el padre no tiene potestad ni derechos sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio, pero está obligado a dar al hijo natural alimentos y educación y a sufragar los gastos de una profesión, mientras llega a la edad de dieciséis años y si estuviese enfermo o incapacitado, la obligación subsiste hasta que desaparezcan estas situaciones anormales.

El Código portugués dispone que los hijos reconocidos es-

tán sujetos a la potestad del padre, excepto cuando se impugnado la paternidad y hubiere resultado vencido en juicio. También establece que el padre natural no goza del usufructo de los bienes del hijo reconocido. Asimismo consigna que los hijos que no ostentan la condición de naturales reconocidos no están sujetos a patria potestad.

En Brasil, cuando el hijo ha sido reconocido por los progenitores, la patria potestad corresponde a uno y a otro, pero la administración de bienes del menor y el usufructo corresponden al padre.

Según la legislación boliviana la patria potestad la ejerce el padre y sólo en su defecto corresponde a la madre; sin embargo, ni él ni ella gozan el usufructo de los bienes del hijo, el cual únicamente corresponde a los padres legítimos.

La legislación uruguayo dispone que la patria potestad corresponde a los padres que hayan reconocido al hijo, pero no les concede el usufructo de los bienes.

Colombia dispone que en los hijos naturales, la patria potestad corresponde a la madre, pero el juez, por interés del hijo, puede a petición de parte interesada conferírsela al padre, si no existiere casado. También le corresponde al padre no casado, a falta de la madre. En caso de que la paternidad o maternidad hayan sido declarados en juicio contradictorio, ni el padre ni la madre pueden ejercer la patria potestad ni tampoco pueden ser declarados guardadores de sus hijos.

El Art. 277 del Código Civil Chileno establece que la - -

guarda personal de los hijos naturales, la ejercerán el padre o madre que los reconozcan en los mismos términos que corresponden al padre o madre legítima; y el art. 270 establece que los gastos de mantenimiento y educación de los hijos naturales recaerán sobre el padre o madre que haya reconocido y si el reconocimiento lo han hecho ambos padres, el Juez determinará la proporción en que cada uno contribuirá a dichos gastos. En estos casos los padres no gozan de usufructo de los bienes del hijo.

El art. 284 del Código Civil de Venezuela dice: "La madre natural ejercerá la patria potestad con todos los derechos y deberes a ésta inherente, respecto del hijo menor, cuya filiación natural esté probada legalmente."

En Perú, si el padre reconoce voluntariamente al hijo, a él corresponde la patria potestad; en caso contrario corresponde a la madre, aún cuando sea menor de edad; y si es la madre la que reconoce al hijo, tampoco se le confiere la patria potestad. El Juez puede, en el primer caso a petición de la madre, confiar a ésta la patria potestad o permitirle que la ejerza hasta determinada edad del hijo, siempre que así convenga al interés de éste; y el mismo funcionario puede encomendar la guarda de la persona o de los bienes del hijo a un curador si así lo exige el interés de aquel.

El Código peruano en este punto ha sido elástico, pues deja en manos de la autoridad judicial la decisión de confiar a la persona más apta, el cuidado y guarda de los hijos nacidos fuera del matrimonio, que suelen ser los más necesitados de atención, pero a la vez se lo critica porque cuando es la madre quien ejerce-

la patria potestad el hijo no puede ser constituido bajo guarda de tercera persona, aún cuando por el interés del menor sea necesario.

En México siguiendo el principio de otorgar la patria potestad a ambos progenitores cuando se trata de hijos legítimos, la confiere a ambos padres, cuando los dos han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio, cuando viven juntos.

Si viven separados y el reconocimiento lo han hecho con --
juntamente, ejercerá la patria potestad el que ellos acuerden; y --
si no lo hicieron, el juez correspondiente, oyendo a los padres y --
al Ministerio Público, decidirá lo que más convenga al menor.

Si los padres viven o juntos hacen el reconocimiento en --
forma sucesiva, la patria potestad corresponderá al que primero ha --
ya reconocido, salvo que los padres acordaren otra cosa, y que el --
juez respectivo no ratifique el convenio, por causa grave, previa --
audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

Como puede ocurrir que los padres que viven juntos se se --
paren, la legislación mexicana contempla esta situación, y al res --
pecto dispone que en tal caso continuará ejerciendo la patria potes --
tad el padre o la madre que de común acuerdo ellos decidieren; y a --
falta de convenio la persona que el juez indique, la cual será la --
más conveniente a los intereses del menor.-

CAPITULO III

PERSONAS SOMETIDAS A LA PATRIA POTESTAD

Hijos legítimos y legitimados.

Hijos ilegítimos, naturales y adulterinos.

Hijos adoptivos.

De conformidad a lo dispuesto por nuestra ley y lo establecido por otras legislaciones, se pueda establecer como principio general que las personas sujetas a patria potestad son todos los menores no emancipados, sometidos a su padre o a su madre, con derecho a ejercerla, siempre que no estén impedidos o incapacitados de hacerlo.

De acuerdo a lo anterior, para que exista la patria potestad se necesitan las condiciones afirmativas: que las personas sometidas a ella sean menores de edad y que tengan ascendientes, llamados por la ley, para ejercerla; también se necesitan las negativas: que los menores no estén emancipados y que el padre o la madre no estén incapacitados o impedidos para el ejercicio de la patria potestad.

Las personas sometidas a la patria potestad pueden estar vinculadas con sus progenitores por parentesco legítimo o ilegítimo según sea que medió matrimonio o no.

Son hijos legítimos los concebidos en matrimonio y los legitimados. El matrimonio puede haberse celebrado llenándose todos-

los requisitos que la ley exige y entonces recibe el nombre de verdadero, o haberse omitido alguno o algunos de ellos y sin embargo produce efectos en cuyo caso recibe el nombre de putativo; al efecto Escriche en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia dice: matrimonio putativo es aquel que siendo nulo por causa de impedimento dirimente, es tenido no obstante por verdadero, en razón de haberse contraído de buena fe, ignorando ambos cónyuges o alguno de ellos el impedimento. Llámase putativo del verbo latino --putare, creer, juzgar.--

Hijos legitimados son los concebidos por personas no casadas, que adquieren la calidad de legítimos debido al matrimonio posterior de los padres.

La legitimación es una institución que viene desde tiempos de los romanos, cuyos emperadores cristianos, para favorecer las uniones regulares, permitieron al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos naturales nacidos del concubinato. Conocieron tres formas: el matrimonio subsiguiente entre el padre y la madre, en el cual para que los hijos pudieran ser legitimados era preciso que hubiesen nacido de personas entre las cuales era posible el matrimonio como consecuencia de la concepción; la oblación a la curia, creada por Teodosio II y Valentiniano III en el año 412 de nuestra era permitía al padre que tuviese un hijo natural legitimarlo, ofreciéndolo en la curia de su villa natal si era varón o casándola con un eclesiástico si era hembra; y el rescripto el príncipe ocurría cuando estando muerta la madre ausente o casada con otro, el padre podía dirigirse al emperador pidiendo la legitimación de sus

hijos naturales.

Entre nosotros, la legitimación se verifica de dos maneras: de pleno derecho o por acto voluntario de los padres. La legitimación ipso jure se da en dos casos:

Primero, cuando el hijo ha sido concebido fuera de matrimonio y nace dentro de él (Art. 217 C.) Este nacimiento ha de tener lugar antes de que transcurran ciento ochenta días de contraído el matrimonio, pues si nace después de dicho plazo se presume concebido en él (Art. 194 C.) y entonces sería hijo legítimo y no legitimado.

Sobre este punto no se admite prueba en contrario en atención al Art.74 C. inciso segundo que dice: " Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás desde la media noche en que principié el día del nacimiento."

Secundo: Tiene lugar la legitimación de pleno derecho de conformidad al Art.218 el cual dispone: " El matrimonio de los padres legitima, también ipso jure a los que uno y otro han reconocido como hijos de ellos por instrumentos públicos o en el acto del matrimonio ya estén vivos o muertos."

La legitimación voluntaria tiene lugar con base en el Art. 219 C. que dice: " Fuera de los casos de los Artos.217 y 218 el matrimonio posterior no produce ipso jure la legitimación de los hijos.

Para que ella tenga lugar es necesario que los padres designen por instrumento público los hijos a quienes confieren esta -

calidad, ya estén vivos o muertos.

El instrumento público podrá ser otorgado en cualquier tiempo después de la celebración del matrimonio.

Cuando la legitimación es voluntaria, el instrumento público en que se confiere debe notificarse a la persona a quien se pretende legitimar si es mayor de edad y capaz; y ésta en el mismo instrumento puede aceptar o repudiar libremente. Si no lo hiciera deberá declararlo, también con toda libertad, por medio de otro instrumento público dentro de los noventa días siguientes a la notificación; y si transcurre dicho plazo sin manifestar nada, se entenderá que acepta, salvo que hubiera tenido imposibilidad de hacer la declaración en tiempo hábil. En conclusión, la repudiación debe ser expresa, en cambio la aceptación puede ser expresa o tácita.

Si el pretendido legitimado es incapaz, la notificación debe hacerse a su tutor o curador, y si carece de él, a un curador especial; y no podrá aceptar ni repudiar la legitimación, sino por el ministerio o con el consentimiento de su respectivo guardador y previo decreto judicial con conocimiento de causa.

Si el hijo que se legitima ya hubiere fallecido, la notificación se hará a sus descendientes legítimos, los cuales podrán aceptarla o repudiarla de la manera establecida en los párrafos anteriores.

El Art. 34 C. dispone: "Se llaman hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que produzca efectos civiles y los legitimados por el matrimonio de los mismos posteriores a la concepción. Todos los demás son ilegítimos".

timos."

De la disposición anterior resulta que es hijo ilegítimo el concebido entre hombre y mujer no casados o cuyo matrimonio no ha producido efectos civiles. También se obtiene de dicho Art. la siguiente conclusión: que originariamente sólo hay dos clases de hijos: legítimos e ilegítimos. Sin embargo, el siguiente artículo, - el 35 C. permite obtener otra clase, la de los hijos naturales, que vendrían a quedar colocados en medio de los dos anteriores. Se dice así, por que están en una situación superior a la de los simplemente ilegítimos en los cuales no hay padre reconocido y sólo madre -- cierta y como consecuencia de ello los derechos y obligaciones entre madre e hijo ilegítimo son los mismos que existen entre padre e hijo legítimo, pero están en situación inferior a la de los legítimos, debido a que las leyes les reconocen derechos superiores, como ocurre en la sucesión intestada, en la cual aquellos los excluyen y solo entran a suceder junto con la esposa del padre causante si no ha dejado hijos legítimos (988 y 990 C.) y en caso de que hayan descendientes legítimos no tienen más derechos que a alimentos. Dicho artículo 35 C. dice así: " Son hijos naturales, los ilegítimos que han sido reconocidos por su padre de la manera determinada por la ley."

El reconocimiento de los hijos ilegítimos se puede hacer espontánea o forzosamente. Al respecto el Art. 279 C. dispone: "Los hijos nacidos fuera del matrimonio podrán ser reconocidos voluntariamente, por su padre o declarados reconocidos de parte de éste -- por el Juez respectivo y tendrán la calidad de hijos naturales." --

En este punto nuestra ley que permite el reconocimiento de los hijos concebidos y nacidos fuera de matrimonio nada más por parte del padre, se aparta de la mayoría de las legislaciones, las cuales permiten el reconocimiento de los hijos ilegítimos tanto por parte del padre como por parte de la madre. Entre nosotros ésta no necesita reconocer al hijo para que se tenga por suyo. El estado civil de madre o de hijo ilegítimo se prueba con la Partida de Nacimiento.

El reconocimiento voluntario por parte del padre según -- el Art.280 C. se puede hacer: por instrumento público, por acto testamentario, por el acta del matrimonio en el caso del Art.218 C., -- por escritos u otros actos judiciales y por firmar el padre, en concepto de tal la respectiva partida de nacimiento, haciéndose constar en ésta esa circunstancia y lo que el Alcalde conoce al padre firmante. En caso de no conocerlo se informará de su identidad personal por medio de dos personas de su confianza, quienes también firmarán la Partida si supieren.

El Artículo 280 C. dice más de la cuenta, porque enumera como caso de reconocimiento de hijo natural, y consiguientemente de la tal calidad al hijo nacido fuera de matrimonio, cuyos padres secesan con posterioridad y lo reconocen como hijo de ellos en el acta de matrimonio. Dicho hijo no es natural sino legítimo, pues el citado Art.218 C. expresa que el matrimonio de los padres legitima el pleno derecho a los hijos que reconozcan como tales en el acta de matrimonio, el legítimo o requiere la categoría de hijo legítimo.-

Consideran algunos Abogados salvadoreños que es práctica-

mente irrealizable el reconocimiento del hijo mediante la firma que el padre puede estampar en la respectiva partida de nacimiento y razonan así: " El artículo 180 de la Constitución Política dispone -- que los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos tienen iguales derechos en cuanto a la educación, a la asistencia y protección del padre; y que en las actas del Registro Civil no se consignará ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación ni se expresará en las partidas de nacimiento el estado civil de -- los padres.

Entonces si alguien se presenta a la Alcaldía para firmar -- en concepto de padre natural la partida de nacimiento del hijo que acaba de nacer, el Alcalde se puede oponer a ello expresando que el artículo de la Constitución se lo prohíbe, pues ordena no consignar en las actas del Registro Civil ninguna calificación sobre la -- naturaleza de la filiación."

Con el respeto que las opiniones anteriores nos merecen -- particularmente creemos que el artículo 180 Const. no ha pretendido eliminar una de las formas de reconocimiento de hijos naturales a -- quienes el mismo artículo está brindando la protección al ordenar -- en su primera parte, que todos, sin distinción de ninguna naturaleza disfrutarán de los mismos derechos.

Consideramos que el Legislador ha querido únicamente evitar esas calificaciones de origen que se consignaban antes en las partidas de nacimiento, las cuales gracias al precepto constitucional, han sido abolidas y que constituían una afrenta para la madre, cuando en ellas se expresaba, muchas veces por la irresponsabilidad

del padre, que el hijo era ilegítimo.

Pero, volviendo al caso del reconocimiento voluntario, este caso será notificado al interesado para que exprese si acepta o repudia; y si fuere incapaz o adalistrar sus bienes la notificación se hará a su representante legal y en su defecto a un curador especial, quienes no podrán aceptarlo, ni repudiarlo sin previo decreto judicial con conocimiento de causa; y únicamente la madre en su caso, no necesita de dicha autorización judicial.

Sólo el propio reconocido, cuando espaz, y su madre, pueden libremente aceptar o rechazar el reconocimiento, pero deben hacerlo en el propio instrumento público, cuando ello sea posible, o en otro instrumento de la misma naturaleza, por separado. El pronunciamiento en uno u otro sentido, se hace en el término de noventa días de notificación, pues si transcurre dicho plazo sin manifestar nada, se entenderá que acepta, a menos que probese por el interesado imposibilidad de hacer la declaración en tiempo hábil.

A fin de que el parentesco de las personas tenga firmeza nuestra ley dispone que el reconocimiento una vez aceptado y la repudiación efectuada en la forma legal, son irrevocables por parte del padre que reconoce o del hijo que repudia.

Si el hijo que se pretende reconocer ya hubiere fallecido la notificación para que acepten o repudien se hará a los descendientes legítimos, quienes harán lo más conveniente con entera libertad, si son personas capaces. Y si teniendo esta calidad no dijeren nada, en el término de noventa días transcurridos después de la notificación, se entenderá que aceptan, salvo la imposibilidad -

de pronunciarse en uno u otro sentido dentro del expresado plazo.

El reconocimiento forzoso tiene lugar cuando el padre se niega a reconocer al hijo.

La declaratoria judicial de hijos naturales procederá en los casos siguientes:

1o) Cuando el hijo se halle en posesión notoria de su estado civil como tal, debiendo probarse los hechos siguientes: que el padre lo ha tratado como hijo suyo, proveyendo a su crianza, educación y establecimiento, que lo ha presentado en ese carácter a sus herederos presuntos, a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio han reconocido dicho estado. La posesión-notoria deberá haber durado diez años continuos por lo menos, salvo que el padre hubiere fallecido antes de vencerse;

2o) En el caso de violación o rapto durante la época en que éstos hechos se concurren coincide con la concepción, según el artículo 74.-

3o) Si se ha producido la seducción de una mujer de buena fama, llevada a cabo con matrimonio clandestino, o con el suscrito o promesa de matrimonio, en la época correspondiente a la concepción. Pero en este último caso es necesario que exista un principio de prueba por escrito.

4o) En el caso en que existan cartas o documentos privados o de otra naturaleza provenientes del supuesto padre en los que haya confesado de manera inequívoca la paternidad que se pretenda establecer.-

5o) En el caso en que el pretendido padre y la madre ha -

yan vivida en concubinato notorio durante la época en que, según el Art. 74, pudo verificarse la concepción, si la madre ha o servado - durante este tiempo del concubinato, una conducta honesta.

El Art. 283 C. dispone: que la acción para el reconoci- miento forzoso, corresponde sólo al hijo por sí o por medio de su representante legal " entre " el supuesto padre o contra sus herederos o contra el curador de la herencia yacente, debiendo tramitarse dicha acción en juicio ordinario.

Al leer el Código en la disposición anterior no se le encuentra sentido porque dice que las personas a quienes corresponde la acción la entablan " entre " el supuesto padre etc. Creemos --- que en la redacción de dicha frase se incurrió en error tipográfico y lo que se quiso decir es que la acción se entabla " contra " el supuesto padre. Y por consiguiente para entenderlo debe substituirse la preposición " entre " por la palabra " contra " .-

Como consecuencia del juicio ordinario que menciona el artículo citado, el juez dicta la sentencia correspondiente mediante la cual se puede declarar o no el estado civil de hijo natural, según la prueba aportada.

Un conocido abogado californiano, en un ensayo leído por él en el Paraninfo de nuestra Universidad manifestó: que en virtud del artículo 180 de la Constitución Política, que ordena no consignar en las notas del Registro Civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni expresar en la partida de nacimiento el estado civil de los padres, algunos locales se oponen a asentar una partida de hijo natural cuando haya una sentencia ejecutoriada-

que declare el estado civil del hijo, con lo cual ponen al hijo -- en dificultades para el ejercicio de los derechos que le corresponden.

Opinamos que a dichos funcionarios municipales no les asiste ninguna razón para negarse a asentar las certificaciones de las resoluciones judiciales que se les presenten, por el contrario, están en la obligación de anotarlas en los libros respectivos que en las Alcaldías llevan al efecto, pues se trata de fallos de autoridad competente en el ejercicio de sus funciones que declaran un estado civil con base en la prueba necesaria y de conformidad a las leyes vigentes.

Los efectos que el reconocimiento produce aparecen incompletos en el Art. 285 C. cuando dice: " Los hijos naturales no tienen respecto del padre que los ha reconocido con las solemnidades legales, otros derechos que los que expresamente les conceden las leyes. Decimos en forma incompleta porque la declaratoria de hijo natural no sólo le concede derechos a él, sino que le los otorga también a su padre, como aparece en muchas disposiciones del Código Civil entre las cuales podemos citar las siguientes: las obligaciones de los hijos legítimos para con sus padres, se extienden al hijo natural con respecto al padre (Art. 288 C); el padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos; podrá elegir el estado o profesión futura del hijo y dirigir su educación del modo que crea más conveniente para él (Art. 291 C. último inciso, en relación con los Arts. 244 C. y 245 C.); tiene derecho a alimentos (Art. 338 Ho. 5 C.); puede ser nombrado tutor por testamento

a sus hijos, si no las quedare madre viva o ésta fuese incapaz de ejercer la patria potestad por su menor edad o por cualquier otro motivo legal declarado; y designar curador testamentario a los hijos mayores de edad que se hallen en estado de demencia, o son sorprendidos que no entienden ni se dan a entender por escrito (Arts. 374, 375, y 379 del Código Civil); asimismo tiene derecho el padre natural que haya reconocido voluntariamente a su hijo y éste haya aceptado dicho reconocimiento, a la herencia intestada de su hijo. (Art. 988 No. 2).

Debido a que el reconocimiento de una persona puede causar perjuicios en los derechos de otra, se permite ser impugnado por todos los que tengan interés actual en ello, debiendo hacer uso de su acción en el término de la prescripción.

En la impugnación deberá probarse alguna de las causas siguientes: 1o) Que el reconocido no ha podido tener por padre al que lo reconoce, en atención a lo dispuesto por el Artículo 74 C. que dice: " De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días hábiles, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento." y 2o) No haberse verificado el reconocimiento en la forma dispuesta por la ley.

Surge la duda sobre cual es el interés que debe de tener el que impugna el reconocimiento. Para unos basta el interés moral, otros consideran necesario que medie un interés económico.

En lo que todos están de acuerdo es en que el interés que

motiva la impugnación debe ser actual y no mera expectativa de un derecho que puede llegar o nó.

Hay otra forma de reconocimiento y es cuando el portador del hijo al supuesto padre siendo mayor de dieciocho años, puede ser citado por el Juez a declarar si cree serlo.- La citación debe ser personal y si el demandado se hallara ausente en su domicilio, aun no haya constituido apoderado, se le emplazará en la forma de ley.

Si el demandado no comparece por sí o por apoderado es especial a prestar la declaración, se le citará por segunda vez de la manera establecida en el párrafo anterior, y si aún entonces no compareciere, se entrará como reconocido la paternidad. Entre una y otra citación deben transcurrir cuatro días por lo menos, más el término de la instancia.

Esta forma de reconocimiento, es una situación que participa del reconocimiento voluntario y del forzoso. Si el padre comparece a la primera o segunda cita judicial, puede decir que reconoce al hijo como suyo y estaríamos en presencia de un caso de reconocimiento voluntario. No lo es del todo/^{de} esta clase porque el padre necesitó el llamado judicial para declarar su ascendencia sobre el hijo ilegítimo. Si comparece a cualquiera de las dos citas puede también manifestar que no cree ser el padre del interesado; y con tal negativa sólo su conciencia le dirá si dijo verdad o mentira. Puede ocurrir que el supuesto padre no concurre a ninguna de las dos citas después de que éstas se le hayan hecho legalmente, y entonces la autoridad judicial declara reconocido la paternidad.-

Esta forma de reconocimiento es más bien forzosa, puesto que el padre no participó y la única persona que intervino fué la del hijo-- con asistencia del juez. Este reconocimiento no es del todo forzoso, pues analizada a fondo la cuestión podíamos admitir una participación tácita del padre, quien sabiendo cuales son las consecuencias de su no comparecencia a las citas, se abstiene de hacerlo.-

Hemos visto que los hijos simplemente ilegítimos, pueden ser reconocidos como naturales, inclusive pueden ser legitimados, - todo conforme a nuestras leyes vigentes.

Tócanos hoy analizar la situación de los adulterinos, que siendo también ilegítimos, sus casos son más delicados.

Los arts. 35, 36 y 37 de nuestro Código Civil, dicen: "Son hijos de cañado ayuntamiento los adulterinos o incestuosos.- Es adulterino el concebido en adulterio, esto es, entre las personas de las cuales una a lo menos al tiempo de la concepción, estaba casada con otra, salvo que dicho o las personas hayan contraído matrimonio putativo que respecto de alguna de ellas hubiere producido efectos civiles. Es incestuoso para los efectos civiles: 1o) El concebido entre padres que estaban uno con otro en la línea recta de consanguinidad o afinidad; 2o) El concebido entre padres de los cuales -- el uno se hallaba con el otro en el ^{grado} segundo/transversal de consanguinidad o afinidad; y 3o) El concebido entre padres de los cuales el uno era hermano de un ascendiente del otro. La consanguinidad y afinidad que se trata en este artículo, comprenden la legítima y la ilegítima.

Decimos que los casos de los hijos adulterinos son más e

haciendo que los legítimos y los más ilegítimos porque desde la antigüedad se han establecido profundas diferencias entre ellos; y a la par -- con los adulterinos fueran colocados los incestuosos y los sacrílegos; haciendo así comprendidos los tres grupos bajo el concepto -- genérico de hijos de danda ayuntamiento; y el arraigo ha sido tan fuerte que aún hoy en día hay legislaciones que continúan manteniendo esas divisiones de hijos; y no sólo eso, sino que como consecuencia de ello al hijo se le priva de muchos derechos, purgando en esa forma la falta que los padres cometieron.

En la edición del Código Civil Salvadoreño de 1880, el artículo 40 refiriéndose a los hijos decía: "Es sacrílego el concebido entre padres de los cuales alguno era clérigo de órdenes mayores o persona ligada por votos solenes de castidad en orden religiosa, conocida por la Iglesia Católica."; el cual quedó suprimido desde la edición de 1893.-

Pero pasando ya a analizar la situación del hijo concebido en adulterio, encontramos que conforme a nuestras leyes vigentes éste no puede ser legitimado por el matrimonio posterior de los padres; aunque uno de ellos haya ignorado el tiempo de la concepción al matrimonio del otro.

Lo mismo sucede aún cuando aquel de los padres que al tiempo de la concepción estaba casado, haya en tal entonces de buena fé y con justa causa se erron, que el matrimonio anterior no existió.-

El criterio anterior lo encontramos en nuestro primer Código Civil, el cual se ha mantenido sin variación hasta nuestros --

días, lo que hace pensar que a través de los años su contenido ha sido fiel reflejo del pensamiento jurídico nuestro.

De conformidad a lo dicho, entre nosotros se pueden presentar casos verdaderamente curiosos como el siguiente: Supongamos que un hombre casado tiene un hijo fuera del matrimonio, y si después muere su esposa, el cónyuge viudo se puede casar con la madre de su hijo, es decir, se le permite unirse legalmente con aquella mujer, sin embargo no puede legitimar a su hijo porque es adúlterino, lo donde resulta una injusticia tremenda, pues mientras se permite el matrimonio de los adúlteros, se le niega la calidad de legítimo al hijo, con sus respectivas consecuencias.-

Claro que el hijo puede ser reconocido como natural, pero ya sabemos que su calidad es inferior a la del hijo legítimo para el goce de ciertos derechos, como queda explicado en párrafos anteriores.

Ocorre entre nosotros, y con mucha frecuencia, un caso verdaderamente injusto y es el siguiente: una mujer casada, por cualquier motivo se separa de su cónyuge, y tiempo después, sin haberse divorciado, tiene relaciones ^{con} con otro hombre/quien tiene un hijo el cual de conformidad al Arto. 193 C. se presume concebido dentro del matrimonio y tiene por padre al marido. Este hijo no puede ser legitimado ni siquiera reconocido como natural, porque conforme al artículo citado se presume que tiene padre legítimo y será antijurídico de la doble paternidad.-

Respecto a los incestuosos por ende afirmar que debido a las reformas legales sobre el matrimonio, algunos hijos llamados en

tigualmente incestuosos, realmente ya no lo son, pues el matrimonio de sus padres está permitido según el Artículo 103 que señala que parientes no pueden casarse entre sí, modificando con ello, en parte la clasificación que hace el citado artículo 37 C.-

En efecto, el Artículo 103 declara incapaces para contraer matrimonio entre sí, a los parientes por consanguinidad en cualquier grado de la línea recta, y también a los hermanos, sean carnales, paternos o uterinos.

La razón principal, que el Legislador tuvo, para no autorizar las uniones entre parientes cercanos, es la moral.- Algunos consideran además que se prohíben, para mejorar el género humano, puesto que las uniones entre consanguíneos degeneran la raza.

Contra matrimonios entre sujetos de una misma familia, un conservacionista salvadoreño dijo: " Nuestra antigua ley, siguiendo el ejemplo de muchas extranjeras, prohibían la unión conyugal de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, pero ante lo irremediable, el Legislador ha tenido que ceder conservando el impedimento sólo para aquellos casos rechazados por la moral de una manera absoluta: entre consanguíneos en línea recta y entre hermanos.

Creemos, sin embargo, que debió conservarlo también, para los afines en primer grado.

El matrimonio de una mujer con el marido de su hija, el de un padre con la esposa de su hijo, por ejemplo, es algo que la ley no puede tolerar sin incurso cómplice de una inmoralidad indiscutible.-

¿qué irían a la unión ilícita....? Allí ellos que respondan a su crimen ante su propia conciencia, pero que no pueda a chocarse a la ley una vergonzosa tolerancia."

Tócanos enseguida referirnos a los adoptivos.

La adopción fué permitida por casi todas las legislaciones antiguas. Entre los Egipcios la adopción más importante fué la de Moisés por la hija del Faraón.- Los Romanos conocieron dos clases: adopción de una persona sui juris, que es la a rogación y la de una persona alieni juris, que es la adopción provincialmente dicha.

Entre nosotros existió antes de la promulgación de nuestro primer Código Civil, el cual la ignoró por completo, pues en el Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmula 1857, se encuentran los Arts. 800, 801, 802, 803 y 804 que se refieren a ella, inclusive si se encuentra un modelo de escritura pública de adopción.-

Actualmente se encuentra debidamente reglamentado gracias a decreto Legislativo publicado en el Diario Oficial el día 15 de noviembre de 1955, cuyo principio constitucional se halla en el Artículo 181 de la Constitución de 1950 y actualmente se encuentra en el Artículo 180 de nuestra Carta magna, el cual, en su parte pertinente dice: " Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos tienen iguales derechos en cuanto a la educación, a la asistencia y a la protección del padre.-"

De la adopción se han dado muchas definiciones, de las cuales la mayor parte se inclina por considerarla un contrato. El legislador Salvadoreño no lo definió sino que se limitó a expresarse en la Ley de Adopción, que constituye un vínculo legal de familia-

entre adoptante, adoptado y descendientes consanguíneos de este último en línea recta; arrojando que el adoptado, será considerado como hijo del adoptante; enumera también los requisitos necesarios -- que han de concurrir para que sea a lugar la adopción; establece la forma de su otorgamiento y aceptación; determina en qué casos es nula; cuáles pueden oponerse a ella; cuando expira y entre los efectos potenciales apuntar los siguientes: no produce más vinculaciones jurídicas que las que expresa en sí indica la ley; el hijo adoptivo podrá tomar el o los apellidos del adoptante; continuará formando parte de su familia consanguínea y conservará en ella todos sus derechos y obligaciones; respecto del adoptante se le aplican las disposiciones contenidas en los títulos "de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos", y "de la patria potestad" del Libro 1º del Código Civil; produce la emancipación legal respecto de sus padres; si el adoptante fuere casado, el hijo adoptivo será considerado como descendiente común; la patria potestad del adoptante se suspende y pierde por las mismas causas que se suspende o pierde la del padre o la madre; la obligación alimenticia es recíproca entre adoptante y adoptado; los efectos de la adopción no cesan aunque sobrevengan hijos legítimos del adoptante o reconozca hijos naturales; tiene derecho a la sucesión intestada del adoptante como si fuera hijo legítimo; el adoptante no lo hereda salvo por testamento; en las donaciones entre vivos el padre adoptante y el hijo adoptivo, para él la casa correspondiente a los hijos legítimos; es nulo el matrimonio que contrajera el adoptante con el hijo adoptivo, o éste con el viudo o viuda del adoptante; el adoptante --

que teniendo la patria potestad o la guarda del hijo adoptivo quiera contraer matrimonio, deberá seguir diligencias de segundas nupcias; podrá el adoptante nombrar en su testamento guardador al hijo adoptivo; serán considerados parientes entre sí el adoptante y el hijo adoptivo; y por último en lo relativo a las incapacidades e indignidades para suceder, y en general, en todo lo referente a las inhabilidades o prohibiciones legales, se considera entre el adoptante y el hijo adoptivo existe la relación de padre a hijo legítimo.

Concluido el breve estudio sobre la situación de diferentes clases de personas, sometidas a la patria potestad, llegamos a la conclusión de que ésta debe ser ejercida por las personas siguientes:

- a) Por el padre sobre sus hijos legítimos y legitimados;
- b) Por la madre, sobre los hijos naturales, ilegítimos y adulterinos; y
- c) Por el padre adoptante sobre el hijo adoptivo.

CAPITULO IV.-

EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

USUFRUCTO LEGAL.

ADMINISTRACION DE BIENES.

REPRESENTACION LEGAL.

En el ejercicio de la patria potestad, según la entienden en algunos países, existe una serie de relaciones que la integran, relativas a derechos personales y patrimoniales, entre las cuales podemos mencionar: alimentación, cuidado y custodia, educación, proresión, corrección, administración de bienes, usufructo y representación.

Todas estas delicadas e importantísimas cuestiones son abordadas, en algunos países, con criterios diferentes por las distintas legislaciones, y en otros, con criterio similar. Se observa mayor similitud en lo relativo a alimentos, pues muchos Códigos europeos y americanos los establecen como consecuencia de la patria potestad a cargo de los padres y en favor de los hijos, pero también con carácter recíproco entre unos y otros como consecuencia del parentesco. Así se dispone en España, Alemania, Suiza, Portugal, Argentina, Brasil, Perú, Venezuela, México, etc.

Conforme a nuestra legislación los atributos de la patria potestad son tres: el usufructo de los bienes del hijo; la administración de dichos bienes y la facultad del padre o de la -

madre, en su caso, para representar al hijo en los actos judiciales o darle la autorización para estos actos.

Sobre los tres atributos mencionados, se ha sostenido -- que únicamente el usufructo constituye realmente un derecho, los otros dos son cargas u obligaciones.

Se dice también que el padre de familia goza del usufructo aludido, como una compensación, a los gastos de crianza, educación y establecimiento del hijo; y se le llama usufructo legal, en virtud de que se lo concede la ley.

El comentarista Ricci adversa la razón de que el usufructo legal se conceda al padre de familia como recompensa por las atenciones a la prole y se expresa de la siguiente manera: "Repugna la idea de que el más sagrado de los derechos pueda corresponder a una remuneración pecuniaria material. Una patria potestad valuada en metálico perdería todo su prestigio, y el más poderoso de los afectos que abriga el corazón humano se convertiría en un objeto de lucro."

Antes de continuar aclaramos que muchas veces que mencionamos al padre, queremos referirnos a la persona que ejerce la patria potestad.

El usufructo se deriva del Derecho Romano y es admitido por la mayoría de las Legislaciones europeas y americanas. Lo conceden los Códigos Francés, italiano, español, portugués, alemán y suizo, entre los europeos y casi todos los países de Latinoamérica. No lo otorgan Austria, los países escandinavos, Inglaterra y muchos Estados de Norte América.-

Sin embargo en los países donde se concede el usufructo de los bienes del hijo de familia, se excluyen algunos. Así tenemos en Alemania quedan como bienes libres del usufructo, todo lo -- que el hijo adquiriera por su trabajo personal o por el ejercicio de una profesión lucrativa, legalmente permitida y además lo que adquiere por causa de muerte o le sea donado entre vivos por un tercero, cuando el difunto en la disposición testamentaria o el tercero en la liberalidad, ha dispuesto que los bienes no se incluyan en el usufructo legal.

El Código portugués ordena que el padre ejerciente de la patria potestad tendrá sólo la administración pero no el usufructo de los bienes donados o dejados a los hijos, a condición de que el padre no los usufructúe y los provenientes de una sucesión a que -- sea llamado el hijo, por haber sido declarado el padre, indigno de suceder. Asimismo dispone que el padre no tendrá la administra -- ción en el usufructo de los bienes siguientes.

1o) De los adquiridos por el trabajo o industria del -- hijo, viviendo separado de sus padres y con su consentimiento.

2o) De los adquiridos por el hijo, mediante las armas, -- las letras o las artes liberales, aunque viva en unión del padre; y

3o) De los donados o legados al hijo, con la condición -- de que el padre no los administre.

La Legislación Argentina establece que el padre y la madre tienen el usufructo de los bienes de los hijos legítimos que -- estén bajo su patria potestad con excepción de los siguientes.

a) De aquellos que los hijos adquieren por sus servicios

civiles, militares o eclesiásticos;

b) De los que les pertenezcan por su trabajo o industria, aunque vivan en casa de sus padres;

c) De los que adquieren por casos fortuitos, como el juego y la apuesta;

d) De los que heredan con motivos de la incapacidad del padre, para ser heredero; y

e) De los que adquiere por herencia, legado o donación, -- cuando el testador o donante ha dispuesto que el usufructo corresponda al hijo.

El Código Civil mexicano, vigente en el Distrito y Territorios Federales, distingue en el artículo 428, dos clases de bienes pertenecientes a los hijos que se hallen bajo la patria potestad; y son los siguientes:

I) Bienes que adquiere por su trabajo.

II) Bienes que adquiere por cualquier otro título.

Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, -- administración y usufructo al hijo, según lo ordena el artículo -- 429 y el artículo 430 dice: En los bienes de la segunda clase la -- propiedad y la mitad del usufructo pertenece al hijo, la adminis -- tración y la otra mitad corresponden a las personas que ejercen la patria potestad. Sin embargo si los hijos adquieren por herencia -- legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usu -- fructo pertenezca al hijo o se destine a fin determinado se estará a lo dispuesto.

Según la Ley salvadoreña, la persona que ejerce la pa --

tria potestad no goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, el cual puede tener tres clases de peculios: el profesional o industrial, el adventicio ordinario y el adventicio extraordinario.

El peculio profesional o industrial lo componen los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de todo empleo, profesional liberal, industria u oficio mecánico y el menor goza del usufructo que los mismos le producen.

El peculio adventicio ordinario lo integran el conjunto de bienes respecto de los cuales el hijo tiene la propiedad y el padre el derecho al usufructo.

El peculio adventicio extraordinario está formado por aquellos bienes que, sin provenir del trabajo del hijo, éste tiene sobre ellos tanto el dominio como el usufructo. Pueden haber sido adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado cuando el donante o testador ha dispuesto expresamente que tenga el usufructo de estos bienes el hijo, y no el padre. También pueden haber llegado a su dominio en concepto de herencia o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad o indignidad del padre.

Resumiendo resulta, que el padre tiene derecho al usufructo de todos los bienes del hijo de familia, menos sobre los que pertenezcan a su peculio profesional o industrial o adventicio extraordinario.

Consideramos que la enumeración que hace la Ley del peculio profesional o industrial, no es taxativa sino ejemplificati

va y consiguientemente quedan incluidos en él, los bienes que adquiriera el hijo de familia provenientes de cualquier actividad personal que desarrolle, inclusive los ingresos que perciba por su participación en una actividad deportiva o artística, los frutos que produzcan los bienes adquiridos por su trabajo, etc.

En el peculio profesional o industrial, se concede al hijo de familia tanto la propiedad como el usufructo para estimular la actividad productiva del menor; y por eso el Art. 258 C. ordena que se le mire como emancipado y habilitado de edad para la administración y goce de dicho peculio. Sin embargo, hay cierta limitación porque no se pueden enajenar ni hipotecar los bienes raíces del hijo que valgan más de doscientos colones, aún pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del Juez con conocimiento de causa, y sin que la venta se haga en pública subasta.

Aunque la ley no lo dice expresamente, se considera que sólo puede tener peculio profesional el hijo de familia que sea menor de edad y adulto, ya que el impúber (varón que no ha cumplido catorce años y mujer que no ha cumplido doce) es absolutamente incapaz.

Probablemente, antes de los doce o catorce años en que la mujer y el varón llegan respectivamente a la pubertad, no tendrán ninguna profesión, oficio o aptitud para adquirir bienes con su trabajo personal, pues es muy difícil a esa edad haber logrado concluir una profesión u obtenido un oficio; y además los artículos 95 y 96 del Código de Trabajo disponen que los menores de ca

torce años y los que haciendo cumplido esa edad sigan sometidos a la enseñanza obligatoria, no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo; pudiendo autorizarse el trabajo de los mayores de doce años, cuando se considere indispensable para la subsistencia de los mismos o de su familia, siempre que ello no los impida cumplir con el mínimo de instrucción obligatoria; y que los menores de doce años son absolutamente incapaces para contratar en materia de trabajo.

Conforme el Art. 255 C. el peculio adventicio ordinario comprende aquellos bienes sobre los cuales el hijo tiene la propiedad y el padre el usufructo. Dicho artículo no los enumera, sino que indica cuáles son los que constituyen el peculio industrial o profesional y cuáles el peculio adventicio extraordinario, indicando a la vez que sobre dichos bienes el padre no tiene el usufructo, pero que sí le corresponde en los demás o sea en los que integran el peculio adventicio ordinario.

El derecho que el padre tiene sobre dichos bienes es el de usufructuario, el cual aparece indicado en el art. 769 C. que dice: " El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño."

Como usufructuario que es el padre, tiene derecho a todos los frutos naturales y civiles de las cosas que forman el peculio adventicio ordinario; y goza del usufructo legal hasta la emancipación del hijo, lo cual viene a constituir una consecuencia lógica, pues si la emancipación pone fin a la patria potestad y el u

usufructo es un derecho derivado de éste, nada más indicado que concluir cuando el hijo sea emancipado.

El padre de familia no es obligado en razón de su usufructo legal, a la fianza o caución que generalmente deben dar los usufructuarios para la conservación y restitución de la cosa fructuaria. La razón de estas dispensas, es por considerar el legislador, que dado el cariño del padre hacia el hijo, es suficiente garantía la existencia de esos sentimientos afectivos, para que el padre procure conservar las cosas que usufructúa en un estado, a fin de restituir las en su forma y sustancia a su legítimo dueño.

Los romanos exponían como razón algo que aún hoy en día puede ser valioso: estimaban una injuria a la ternura del padre y una falta a la reverencia que le debe el hijo, exigir caución y rendición de cuentas al padre usufructuario.

Los bienes que integran el peculio adventicio extraordinario están indicados en los números segundo y tercero del Art. 155 C., y está formado por el conjunto de cosas que sin provenir del trabajo del hijo, éste tiene sobre ellas tanto el dominio como el usufructo.

También pertenecen al peculio adventicio extraordinario aquellos bienes que se dejan al hijo con la condición de que obtenga la emancipación.

La condición indicada debe ser expresa, porque significa una derogación al derecho común que rige la patria potestad la cual debe imperar; y si la persona que hace una liberalidad al hi

jo de familia desea que éste tenga el usufructo de los bienes que la constituyen ha de manifestarlo.

Al exigir la ley que la condición sea expresa es porque hay consecuencias directas de la patria potestad entre las cuales se encuentra el usufructo legal, que es una regla de carácter general y prevalecería sobre cualquier disposición incompatible con ella, del testador o donante, que la contrarías.

Es entendido que para que tenga lugar lo anterior, no es necesario el empleo de términos especiales; es suficiente que la persona que hace la liberalidad manifieste la intención de privar al padre del usufructo legal, así será claro que el testador o donante ha querido privar al padre del usufructo cuando indique el empleo que ha de darse a los frutos de los bienes dados o legados por él.

Al respecto se sostiene que el Código ha hecho una aplicación de esta regla al disponer en el art. 277 C., que cuando se hace al hijo una donación o se le deja una herencia o legado bajo condición de obtener la emancipación, no tendrá el padre el usufructo ni la administración de dichos bienes y se entenderá cumplida así, la condición.

En las herencias o legados, cuyos bienes pasan al hijo por incapacidad o indignidad del padre, la ley priva a éste del usufructo porque no quiere que se aproveche ni siquiera indirectamente de las cosas que no ha podido adquirir debido a los impedimentos que concurren en él. Las causas de incapacidad e indignidad para heredar aparecen diseninadas en diferentes artículos del

Código Civil y entre ellas podemos citar las de los Arts. 953, 964, 965, 966, 969, 970, 971, 972, 973, 992, 1206 y 1208, entre las cuales aparecen las siguientes: no existir al tiempo de abrirse la sucesión; no ser persona jurídica la cofradía, gremio o establecimiento instituido heredero o legatario; haber sido condenado judicialmente el heredero o el legatario antes de referirsele la asignación por aultorio con dicha persona o acusada de dicho delito -- si se siguiese condenaación judicial; haber el eclesiástico instituido heredero o legatario, confesado al difunto durante la última enfermedad o habitualmente en los dos últimos años anteriores al testamento; haber cometido homicidio en la persona del difunto o haber intervenido en dicho crimen o la dejó parecer pudiendo salvarla; haber cometido delito contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, siempre que se pruebe por sentencia ejecutoriada; no haber socorrido pudiendo, en el caso de enajenación mental o indigencia, al cónyuge o consanguíneo dentro del cuarto grado inclusivo, de cuya sucesión se trata; haber impedido testar o variar el testamento o haber obtenido por fuerza o de otro alguna disposición testamental; haber reiterado u ocultado dolosamente un testamento del difunto; no avisar oportunamente a la autoridad judicial, el homicidio cometido en la persona del causante; no haber pedido el nombramiento de tutor o curador del impúber, valiente o sordomudo; no servir de tutor o curador habiendo sido nombrado por testamento; haber sido nombrado partidario por testamento y no aceptar el cargo, etc.

Como facultad de la patria potestad el padre tiene también la administración de los bienes del hijo; al efecto el Art. 259 C. dispone: " El padre administra los bienes del hijo, en que la ley le concede el usufructo. No tiene esta administración en las cosas donadas, heredadas o legadas bajo la condición de que no las administre el padre. Ni en las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad o indignidad del padre, o por haber sido éste desheredado."

Antes de pasar adelante queremos referirnos a la frase " o por haber sido éste desheredado", la cual encontramos también en el Art. 255 C. numeral 3o. y que habíamos dejado pasar por alto pero que es necesario dedicarle las presentes palabras, nada más para indicar la conveniencia de que dichas frases desaparezcan de nuestro Código, porque están demás, puesto que entre nosotros no se permite la desheredación y ellas no son más que resabios cuya existencia en nuestra Legislación no se justifica. Respecto a la incapacidad e indignidad del padre, nos remitimos a lo escrito en párrafos anteriores.

Según lo dispuesto en el artículo anterior, la regla general es que al padre corresponde la administración de los bienes del hijo de familia; sin embargo hay bienes pertenecientes al hijo, que él los administra personalmente y hay otros que los administra un curador, todo lo cual analizaremos en seguida.

El padre de familia no sólo administra los bienes del hijo cuyo usufructo le pertenece; sino que también en ocasiones puede ocurrir que le toque administrar bienes, cuyo usufructo le-

corresponde al hijo, como sucede con los que pertenecen al peculio adventicio extraordinario; y por último puede no administrar ciertos bienes de su hijo y sin embargo gozar del usufructo de los mismos, lo cual tiene lugar con base en los Arts. 260 y 264 C. que dispone: " La condición de no administrar el padre, impuesta por el donante o testador, no se entiende que le priva del usufructo, ni la que le priva del usufructo se entiende que le quita la administración, a menos de expresarse lo uno y lo otro por el donante o testador." " No teniendo el padre la administración de todo o parte del peculio adventicio ordinario o extraordinario, se dará al hijo un curador, para esta administración. Pero quitada al padre la administración de aquellos bienes del hijo en que la ley le ca el usufructo, no dejará por éste de tener derechos a los frutos líquidos, deducidos los gastos de administración."

Los bienes que administra el hijo personalmente, son los que forman su peculio profesional o industrial, en los cuales, a tenor de lo dispuesto por el Art. 258 C. se le mira como emancipado y habilitado de edad para la administración de los mismos, y únicamente tiene respecto de ellos, la limitación que le impone el Art. 267 C. de no poder enajenar ni hipotecar si son bienes raíces y valen más de doscientos colones, salvo que obtenga autorización del Juez, quien la otorgará con conocimiento de causa y que la venta se haga en pública subasta.

Los bienes del hijo que administra un curador, son aquellos que sin pertenecer al peculio profesional o industrial del hijo, el padre no tiene la administración de ellos. Dichos bienes

nes son: los donados, legados o heredados al hijo, con la condición de que no los administre el padre y los que éste, no haya podido adquirir en concepto de legado o herencia, debido a su incapacidad o indignidad.

También se nombrará curador acjunto al padre de familia cuando se le quita la administración de todos los bienes del hijo o parte de ellos, debido a su dolo o grave negligencia habitual.

El curador desempeña su cargo en forma independiente -- del padre, pero éste no queda destituido en forma absoluta de la administración; por el contrario, tiene ciertas obligaciones, las cuales se consignan en el Art.492 C. que dice: " Los curadores acjuntos son independientes de los respectivos padres o guardadores pero dichos padres o guardadores responderán subsidiariamente por la torcida administración de aquellos, cuando no hayan tratado de evitarla haciendo uso de la facultad a que se refiere el inciso segundo del Art. 434." Este artículo en el primer inciso, faculta al Juez, mandar de oficio, cuando lo crea conveniente, que el tutor o curador, aún durante su cargo, exhiba las cuentas de su administración o manifieste las existencias a otro de los tutores o curadores del mismo pupilo, o a un curador especial que el Juez designará al intento; y el segundo, literalmente dice: " Podrá -- provocar esta providencia, con causa grave, calificada por el -- Juez verbalmente, cualquier otro tutor o curador del mismo pupilo, o cualquiera de los consanguíneos más próximos a éste o su cónyuge."

Pero volviendo a la administración de los bienes del hi

jo que por ley corresponde al padre, podemos manifestar lo siguiente: no tiene obligación de hacer inventario de dichos bienes, salvo cuando pasare a otras nupcias, pero deberá llevar una descripción circunstanciada de ellos, desde que empieza a administrarlos. Se le exime de dicha obligación, porque el legislador estima que el cariño del padre hacia el hijo es suficiente garantía para esperarse de él una buena administración; y se la impone nada más al contraer nuevas nupcias, para evitar confusión de patrimonios.

También se le dispensa la obligación impuesta por el Art. 433 C. a los tutores y curadores de llevar día a día cuenta fiel y exacta y en cuanto fuere posible documentada de todos los actos administrativos. Sin embargo, es responsable en la administración de los bienes del hijo hasta de la culpa leve, la cual consiste en la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Dicha responsabilidad se extiende a la propiedad y a los frutos, si solo dispone de la administración y está privado del usufructo; y se limita a la propiedad en los bienes de que es, a la vez, administrador y usufructuario. Responsabilidad igual tienen los tutores y curadores en la administración de los bienes del pupilo, quienes, están obligados a la conservación, reparación y cultivo de los mismos, pudiendo enajenarlos si ello fuere más provechoso.

El padre de familia, durante la administración de los bienes del hijo, tiene también ciertas limitaciones: no puede enajenar ni hipotecar los bienes raíces del hijo que valgan más de doscientos colonos, sino es en pública subasta y previo decreto judicial.

con conocimiento de causa, vale decir, cuando ello sea útil y necesario al pupilo, debiendo seguir al efecto el procedimiento que indican los Arts. 816 y 817 Pr.

Tampoco puede el padre hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deforida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores en los Arts. 416, 421 y 426, los cuales literalmente dicen: " El tutor o curador no podrá repudiar ninguna herencia deforida al pupilo, sin decreto del Juez, con conocimiento de causa, ni aceptarla sin beneficio de inventario." " Es prohibida la donación de bienes raíces del pupilo, aún con previo decreto del Juez. Sólo con previo decreto de Juez podrán hacerse donaciones en dinero u otros bienes muebles del pupilo y no las autorizará el Juez, sino por causa grave, como la de socorrer a un consanguíneo necesitado contribuir a un objeto de beneficencia pública, u otros semejantes, y con tal que sean proporcionadas a las facultades del pupilo, y que por ellas no sufran un menoscabo notable los capitales productivos. Los gastos de poco valor para objetos de caridad, o de lícita recreación, no están sujetos a la precedente prohibición." " No podrá el tutor o curador dar en arriendo ninguna parte de los predios rústicos del pupilo por más de cinco años, ni de los urbanos por más de dos, ni de unos u otros por mayor número de años que los que faltan al pupilo para llegar a la mayor edad. Si lo hiciere, no será obligatorio el arrendamiento para el pupilo o para el que le suceda en el dominio del predio, por el

tiempo que excediere de los límites aquí señalados. Se prohíbe -- también al tutor o curador constituir sobre los mismos bienes cuando valgan más de doscientos colones, los derechos de usufructo, uso o habitación, salvo que el provecho para el pupilo sea notorio y -- previa autorización judicial, con conocimiento de causa." "

El tercer derecho proveniente de la patria potestad es -- el de la representación legal. En el título correspondiente a la -- patria potestad no hay ninguna disposición que lo otorgue, sin embargo del contexto de las demás disposiciones contenidas en él, se deduce que así es; en cambio el Art.410 C. confiere al tutor o curador la facultad de representar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan. Además conforme el -- Art.41 C. son representantes legales de una persona el padre o madre bajo cuya potestad vive y su tutor o curador general, disponiendo a la vez el Código Civil, que las tutelas y curatelas, son -- cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios y que no se hallan bajo la potestad del padre o madre que pudiera darles la protección debida. Están sujetos a tutela los menores que no han obtenido habilitación de edad, y a curaturía los -- que por locura han sido puestos en entredichos de administrar -- sus bienes y los son oncos que no puedan darse a entender por escrito.

La incapacidad de los hijos de familia puede ser absoluta o relativa. Son absolutamente incapaces los impúberes, o sea, -- la mujer que no ha cumplido doce años y el hombre que no ha cumpli

do catorce, y son relativamente incapaces los hijos de familia adultos, es decir, los púberes.

Los hijos necesitan a veces intervenir en la vida jurídica, pero son incapaces de actuar personalmente, la ley ordena -- que lo hagan por medio de sus respectivos representantes, siendo -- su representante legal la persona titular del derecho de patria potestad en primer lugar, y a falta de ella, un tutor o curador según sea menester.

Sin embargo, la incapacidad del hijo tiene sus excepciones, es decir, hay actos en los cuales puede intervenir personalmente debido a que la ley lo considera capaz para ello.

En primer lugar, según lo dispuesto por el Art. 254 C. -- la patria potestad no se extiende al hijo que ejerce un empleo o -- cargo público, en los actos que ejecuta en razón de su empleo o -- cargo; y considera a los empleados públicos menores de edad como -- si fuesen mayores, en lo concerniente a sus empleos; según el artículo citado los derechos que conlleva la patria potestad no alcanzan al hijo, en el desempeño de un empleo público, en el cual la -- ley le otorga una especie de habilitación de edad legal a fin de -- que lo desarrolle sin ninguna sujeción a la persona que tiene el -- derecho de representarlo legalmente.

También cesa la representación del padre, por considerar la ley que el hijo tiene suficiente capacidad, para intervenir en los actos que se refieren a su peculio profesional o industrial, -- respecto del cual se le considera como emancipado y habilitado de -- edad.

Confirmando lo anterior, el Art. 265 C. dispone que los actos y contratos del hijo de familia no autorizados por el padre, o por el curador adjunto, le obligan exclusivamente en su peculio profesional o industrial.

Asimismo está facultado el hijo de familia, sin necesidad de autoridad paterna, para disponer de sus bienes por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte. Se le concede esta facultad, porque el acto testamentario es estrictamente personal, mediante el cual la persona tiene entera libertad para disponer de sus bienes, a fin de que lo dispuesto surta efectos después de que haya desaparecido. Sin embargo, la autorización no la tienen todos los hijos de familia, sino únicamente los adultos, o sea, los que han dejado de ser impúberes, porque éstos no son hábiles para testar.

La patria potestad se refiere a cuestiones patrimoniales y por eso los Arts. referentes a ella, no mencionan para nada aquellos actos de familia que el menor puede llevar a cabo sin necesidad de que otra persona lo represente. Entre ellos podemos enumerar los siguientes: reconocer como natural a un hijo ilegítimo, celebrar esponsales y seguir diligencias para contraer matrimonio. Es entendido que los menores de veintiun años, aunque hayan obtenido habilitación de edad para la administración de sus bienes, no podrán casarse sin el consentimiento expreso de su padre legítimo o de su madre legítima en su defecto, y a falta de ambos el del ascendiente o ascendientes legítimos de grado más próximo, pero este consentimiento es concedido no con base en la

patria potestad sino con base en la autoridad paterna.

Asimismo el Art. 269 C. dispone que no será necesaria la autoridad paterna para proceder criminalmente contra el hijo, pero el padre será obligado a suministrarle los auxilios que necesite para su defensa. Para que tenga lugar la acción penal es necesario que el hijo haya obrado con discernimiento, pues si carece de él, se le considera inimputable. Al respecto el Código Penal establece que no delinque y por consiguiente está exento de responsabilidad el menor de diez años; y también el de diez o más años y menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento.

En armonía con las disposiciones legales citadas, el Art. 54 del Código de Instrucción Criminal autoriza a los reos menores, no habilitados de edad, para que puedan nombrar directamente a sus defensores; y también faculta a los representantes legales de los menores para nombrarles defensores cuando están procesados y se encuentren ausentes.

Estos son algunos de los casos en que el menor puede actuar directamente, pero la regla general es que en todas las actuaciones judiciales y extrajudiciales debe hacerlo por medio de su representante legal, que lo es el padre cuando ejerce la patria potestad.

CAPITULO V

PRINCIPIO Y FIN DE LA PATRIA POTESTAD.-

Epoca en que comienza.

Suspensión.

Recuperación.

Pérdida y Extinción.

La existencia de una persona puede ser estudiada desde el punto de vista natural y desde el punto de vista legal.

La existencia natural empieza con la concepción; y desde entonces el concebido es objeto de protección jurídica. Al efecto los Arts. 73 y 75 disponen: " La ley protege la vida del que está por nacer. El Juez en consecuencia, tomará a petición de cualquiera persona o de oficio todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará." " Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe y si el nacimiento constituye un principio de existencia entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se definirieron.".-

Asimismo el Código Penal protege la vida del no nacido, ya que en el Art. 26 ordena: " No se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halle en cinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento." Y en los Arts. 364, 365, 366 y 367 señala las -

penas en que incurren los que cometen delitos de aborto.

La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

Pues bien, la patria potestad, por su propia naturaleza por las facultades inherentes a ella, no puede ejercerse sobre la persona desde que tiene existencia natural, sino desde que tiene existencia legal.

El ejercicio de la patria potestad puede ser interrumpido por causas que motiven suspensión, pérdida y extinción de la misma.

A continuación hacemos un breve estudio de ellas.

La mayor parte de las Legislaciones señalan cuales son las causas especiales de suspensión de la patria potestad. Sin embargo hay algunas como la francesa y la suiza, que no las indican en la forma mencionada y las causas de privación en ellas con signadas, existiendo además otras de naturaleza facultativa, no son definitivas y tienen siempre carácter temporal, pudiendo dejarse sin efecto al desaparecer los motivos que las produjeron.

Otros países, en sus respectivos Códigos sí las determinan y entre ellos podemos mencionar los siguientes:

España indica como causas de suspensión, la ausencia del padre o la madre, en su caso y la interdicción civil de los mismos. También pueden los Tribunales suspender o privar a los pa -

dres del ejercicio de la patria potestad si tratare a sus hijos con dureza excesiva, o les dieren órdenes, consejos o ejemplos corruptores.-

Las causales de suspensión en Portugal son las siguientes: incapacidad del padre judicialmente declarada, ausencia también declarada y condena que envuelve interdicción de la patria potestad.

En Argentina procede la suspensión por ausencia en ignorado paradero del padre que la ejerza; la incapacidad mental mientras dure; cuando los padres traten a los hijos con excesiva dureza, o incurran en embriaguez consuetudinaria, en negligencia grave u observen mala conducta.

En Brasil se suspende cuando el padre o la madre abusan de su poder, faltando a los deberes paternos o arruinando los bienes de los hijos; y también cuando el padre sea condenado por sentencia firme, a pena de más o dos años de prisión.

El Código Civil Mexicano admite como causas de suspensión incapacidad declarada judicialmente, ausencia también declarada y sentencia que imponga como pena la suspensión.

En la Legislación nuestra, el Art.271 C. dispone: "La patria potestad se suspende por la prolongada demencia del padre, por estar el padre en entredicho de administrar sus propios bienes, y por larga ausencia del padre, de la cual se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, a que el padre ausente no provee.

durante la suspensión de la patria potestad, del padre, será ejercida por la madre; pero el padre la recobrará cuando cese dicha suspensión."

Conforme el Art. anterior la patria potestad se suspende entre nosotros por tres causas; demencia, interdicción y ausencia.-

La demencia ha de ser prolongada, lo que excluye cualquier ataque pasajero que perturbe las facultades mentales del padre de familia; pero no es necesario que haya resolución judicial que lo prive de la administración de los bienes.

La interdicción es el estado del padre que ha sido privado de administrar sus propios bienes por decreto judicial; y estando incapacitado para ello, es lógico que tiene que estarlo para administrar los bienes del hijo.

La ausencia debe de ser larga y como consecuencia de ella ocasionarle graves perjuicios a los intereses del hijo, los cuales el padre no puede evitar, debido a su ausencia.

El inciso segundo del Artículo comentado es muy importante y significa la provisión, verdaderamente encomiable de nuestro legislador, a fin de proveer al menor de una persona, que a falta de su padre, pueda suplir a éste, al encontrarse suspendida la patria potestad.

También se encuentra recueto el caso en que no haya madre que sustituya al padre, o que sea aquella a quien se ha suspendido la patria potestad; y la resolución la encontramos en el Art. 369 C. que ordena nombrar un tutor al hijo en tales casos, debido a que los menores no pueden quedar desamparados.

Como efecto inmediato de la suspensión de la patria potestad podemos señalar, la privación al padre de familia de la fa-

cultad de administrar los bienes del hijo, lo cual aparece ordenado en el inciso segundo del Art. 263 C. que dice: " Perderá el padre la administración de los bienes del hijo siempre que suspenda la patria potestad por decreto judicial."

Entendemos que como consecuencia de la suspensión de la patria potestad, el padre de familia tampoco puede representar al hijo; y para hacer esta afirmación nos apoyamos en el Art. 823 Pr. que dice: " Decretada la suspensión se procederá al nombramiento de tutor del menor, conforme lo prevenido en el Art. 369 del Código Civil." Y sabemos, de acuerdo al Art. 41 C. que si una persona tiene tutor, éste es su representante legal.

El problema difícil es contestar, como queda el usu -- fructo de los bienes del hijo durante la suspensión de la patria potestad ¿ Continuará disfrutándolo el padre de familia, o también se lo suspende lo mismo que los otros dos derechos inherentes a la patria potestad?

Al problema planteado se lo han dado dos resoluciones diferentes: Una proporcionada por don Angel Córdova Castro, Abogado Salvadorino que dice: " Pudiera pensarse, sin embargo, que durante la suspensión el usufructo sigue perteneciendo al padre, -- pues la ley (Art. 263) dice: " Perderá el padre la administración de los bienes del hijo siempre que se suspenda la patria potestad, por decreto Judicial", sin referirse al usufructo; pero -- debe tenerse en cuenta que el usufructo es inherente a la patria potestad y no puede, por consiguiente subsistir durante la suspensión, ya que no existiría el derecho a que está subordinado; se --

ría necesaria para la subsistencia del usufructo una declaración expresa y terminante de la ley.

¿ A quién pertenecería entonces el usufructo? Indudablemente al hijo si la administración pasa a un guardador o a la madre si entra a ejercer la patria potestad.

Y la otra dada por don Manuel Somarriva Undurraga, al comentar el Código Civil Chileno que contiene disposiciones legales similares a las del nuestro, y que la razona así: " La suspensión de la patria potestad priva al padre de la administración de los bienes del hijo y de su representación; pero en cambio, en nada afecta al usufructo que sobre ellos le corresponde. Es lo que resulta de aplicar el inciso segundo del Art. 252 (Código Chileno, igual al mismo inciso del Art. 264 de nuestro Código) que dice: " Pero quitada al padre la administración de aquellos bienes del hijo en que la ley le da el usufructo, no dejará por éste de tener derecho a los frutos líquidos, deducidos los gastos de administración."

Con el respeto que nos merece la opinión del doctor Góchez Castro, nos inclinamos por la tesis sustentada por don Manuel Somarriva Undurraga, cuyos argumentos nos parecen más conformes a la ley; además el Art. 256 C. dispone, que el padre o familia goza del usufructo legal hasta la emancipación del hijo; y sabemos que la emancipación no suspende la patria potestad sino que pone fin a ella.

Habiendo indicado las causas por las cuales se puede suspender la patria potestad, sólo nos resta manifestar que la suspensión no opera de pleno derecho sino que es indispensable decreto de

Juez competente, quien para dictarlo necesita hacerlo con conocimiento de causa, vale decir, cuando el interesado haya probado la existencia de la causal invocada, satisfaciendo el trámite que señalan los Arts. 821, 822, 823 y 824 del Código de Procedimientos Civiles.

Como las causas que motivan la suspensión de la patria potestad, pueden desaparecer; al ocurrir ésto, el interesado puede recuperarla, para lo cual necesita seguir el mismo procedimiento que ordena la ley para que se suspenda, es decir, que también la recuperación no opera de pleno derecho sino que es necesario declaratoria judicial con conocimiento de causa, pues lo mismo que la suspensión está fundada en hechos que es necesario establecer y que pueden admitir contradicción y por lo mismo toca al Juez declararla.

También podemos citar como causal de suspensión de la patria potestad la que aparece en el Código Penal que dice:

" Art. 35. La pérdida o suspensión de los derechos produce alguno o algunos de los efectos siguientes:

7o.- Privación de los derechos de patria potestad, tutela, curaduría y participación en el consejo de familia".-

Decimos que es causa de suspensión no obstante que se emplea la palabra " privación " porque no se pone fin a la patria potestad sino que solamente se suspende su ejercicio, lo cual aparece confirmado por los Arts. 36 y 37 del mismo Código Penal que limitan dicha " privación " a doce años en caso de indulto de la pena de muerte, y al tiempo de la condena en los demás casos.

La patria potestad no sólo puede ser suspendida, sino que también puede dar lugar a pérdida y extinción de la misma. Dogtrinariamente las causas por las cuales se pierde pueden dividirse en tres grupos: delictivas, culposas y casuales. También pueden clasificarse en legales y jurídicas.

Son causas delictivas aquellas en que incurre quien ejerce la patria potestad, cuando ha cometido una infracción penal de tal gravedad, que lo incapacita moral y materialmente para su ejercicio, como ocurre cuando es condenado por la corrupción del hijo y cuando en sentencia condenatoria por cualquier otro delito se impone como pena la privación de la patria potestad.

Como causas culposas se señalan, las constituidas por actos del padre o de la madre cuando se conducen mal en el cumplimiento de sus deberes, respecto de la persona o de los bienes del hijo, cuando se exceden en los castigos o los abandonan o no los atienden debidamente, o son negligentes o maliciosos en la administración y cuidado de sus bienes.

Entre los motivos casuales se indican: pasar la madre a otras nupcias; ausencia; y demencia incurable.

Los motivos legales son los que operan de pleno derecho. Se les llama también causas extintivas.

Las judiciales dependen de pruebas y circunstancias que el Juez debe apreciar libremente para decretar o no la privación. Esta puede ser total o parcial, según sea que se prive al que ejerce la patria potestad de todos los derechos inherentes a ella o solamente de algunos de los mismos.

Respecto a las causas de extinción, las podemos clasificar en dos grupos distintos: causas naturales que provienen de hechos de la naturaleza, como decir, mayoría de edad del hijo, muerte de éste o de su padre o del accidente llamado a ejercer la patria potestad; y causas legales las que están determinadas por la ley, entre las cuales podemos mencionar la emancipación y la adopción.

La adopción, más que una verdadera causa extintiva de la patria potestad, significa un cambio o traslado en el ejercicio de la misma, pues la institución no deja de funcionar sino que simplemente pasa del padre natural al padre adoptivo.

Entre nosotros la patria potestad termina por la emancipación del hijo, y puede ser absoluta o relativa. La emancipación absoluta pone fin a la patria potestad del padre y de la madre; y la relativa únicamente respecto del padre, pasando después a ser ejercida por la madre. Muchas veces también el hijo emancipado -- cuando bajo tutela, mientras no sea habilitado de edad o llegue a la edad de veintiun años.

La emancipación, dice el Art. 273 C. es un hecho que pone fin a la patria potestad, -- Puede ser voluntaria, legal o judicial.

La definición anterior ha sido criticada, porque la emancipación no es un hecho, se dice, sino el efecto o la consecuencia del mismo.

La emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público, en que el padre declara emancipar al hijo adulto, y éste -- consiente en ello. No vale la emancipación si no es autorizada por

el Juez con conocimiento de causa.

La emancipación voluntaria se produce por mutuo acuerdo entre padre e hijo, sin embargo, son necesarios otros dos requisitos: instrumento público y autorización del Juez.

El padre que solicite autorización judicial para emancipar al hijo, se presentará ante el Juez competente de Primera Instancia con la Partida de Nacimiento de aquel, solicitando se le reciba información de utilidad para ello. El Juez recibirá la prueba dentro del término de ocho días y producida concederá o no la autorización según corresponda en justicia, no debiendo de admitir el dicho de testigos que no sean idóneos.

Del decreto de autorización se dará certificación al padre para el otorgamiento de la correspondiente escritura en la que deberá hacerse constar el consentimiento del hijo pena de nulidad.

Según cuentan abogados, esta forma de emancipación es rarísima, pues únicamente podría efectuarse con el fin de obtener habilitación de edad al hijo mayor de dieciocho años. Antes de esa edad no tendría ningún objeto, ya que al menor habría que nombrarle tutor y el padre quedaría privado de los derechos de la patria potestad.

La emancipación legal es la que se produce por ministerio de ley, en los casos enumerados en el Art. 275 C. Basta que ocurra cualquiera de los hechos contemplados en dicho artículo para que la emancipación opere de pleno derecho. Según el artículo mencionado los acontecimientos que la motiva son: 1o) La muerte -

del padre, o la madre en su caso; 2o) El matrimonio del hijo; 3o)- Haber cumplido el hijo la edad de veintiún años; y 4o) Por el decreto que declara la muerte presunta del padre o madre en caso de desaparecimiento.

A la emancipación producida con base en los números 1o.- y 4o. se le llama relativa, porque cuanto termina la patria potestad en relación al padre de familia, pasa a ser ejercida por la madre. A la contemplada en los números 2o. y 3o. se le conoce con el nombre de absoluta porque el hijo queda emancipado tanto del padre como de la madre.

Las causas que producen la emancipación legal son claras y fácilmente comprensibles y la única que podría acarrear problemas es la indicada en el número 4o. relativa a la muerte presunta de la persona que ejerce la patria potestad.

La dificultad no la ocasiona la causal en sí, pues ella indica un hecho cierto, inequívoco y comprobable, sino el hecho de reaparecer el desaparecido, cuando el hijo ya ha sido emancipado, y si en tal situación recupera o no la patria potestad.

Hay abogados salvadoreños que opinan que si el presunto-muerto aparece después de decretada la posesión definitiva, recupera sus derechos, pues desaparecen tanto la presunción como sus efectos salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

Y, agregan: siendo la muerte meramente presunta, sus efectos también tienen la misma calidad y cesan desaparecer ante la realidad, es decir, anula la causa cesan los efectos, salvo disposición expresa de la ley.

Al respecto don Luis Claro Solar dice: " En realidad, la emancipación por desaparicimiento del padre de familia es solamente una especie de emancipación por la muerte natural del padre, - desde que el decreto que da la posesión provisoria de los bienes del desaparecido se funda en la declaración de muerte que el desaparecimiento hace presumir. Es cierto que la posesión provisoria concedida a los herederos presuntivos puede terminar si el desaparecido reaparece y rescindirse la declaración de presunción de muerte, pero la emancipación subsiste y los hijos no vuelven ya al poder del padre cuyo desaparecimiento dió lugar a la emancipación."

Difícil es para nosotros opinar en presencia de tan ilustrados criterios pero consideramos que es una obligación hacerlo y, en cumplimiento del deber, manifestamos: el Art.275 C. indica entre las causas de emancipación legal, un hecho simple: el decreto de muerte presunta. La ley no condiciona la emancipación a que el fallecimiento realmente haya ocurrido. Lo que motiva la emancipación es el decreto en sí, independiente de que la persona desaparecida verdaderamente haya muerto o nó. Su reaparición en nada modifica al decreto de muerte presunta, el cual fue suficiente para generar la emancipación. Además el legislador quiso que la emancipación una vez declarada quedara firme y no fuera revocada por ningún suceso posterior; al efecto, y para despejar cualquier duda en el Art. 278 C. dispuso: " Toda emancipación, una vez efectuada, es irrevocable, aún por causa de ingratitude."

El art.276 C. dice: " La emancipación judicial se efectua

túa por decreto de Juez:

1o.- Cuando el padre maltrata habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida, o de causarle grave daño;

2o.- Cuando el padre ha abandonado al hijo;

3o.- Cuando la depravación del padre le hace incapaz de ejercer la patria potestad;

En los tres casos anteriores podrá el Juez proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, y aún de oficio;

4o.- Por vivir la madre desonestamente u observar una conducta depravada;

Secretada la emancipación, se procederá inmediatamente a nombrarle tutor al hijo emancipado, y mientras ésto se verifica, el Juez suplenrá al menor del cuidado personal del padre o de la madre, y lo pondrá al de cualquiera de sus parientes más próximos que le parezca idóneo; y no siendo ésto posible ordenará su admisión en algún establecimiento de beneficencia."

De la simple lectura del artículo anterior, aparece que cuando el padre de familia, no cumple con los deberes a que naturalmente está obligado, respecto a su hijo, la autoridad judicial esté facultada para privarlo del ejercicio de la patria potestad, ya sea de oficio o a petición de algún consanguíneo del menor.

El número primero señala como causal de emancipación, - los maltratos del padre hacia el hijo, pero para que los originen es necesario que sean habituales es decir, repetidos y constantes y además que pongan en peligro la vida del menor o puedan ocasionar

narle grave daño; quedan excluidos por consiguiente, los maltratos ocasionales, producidos talvez en un momento de arrebatos.-

El número segundo menciona el abandono del hijo, sin --- ninguna calificación, lo cual hace pensar que el legislador deja - la apreciación de dicha causal al prudente arbitrio judicial.

También se menciona la desprovación del padre en el número tercero, y que consiste en vivir en forma licenciosa con vicios y malos hábitos que ofendan la moral y las buenas costumbres.

El número cuarto fue agregado el veintiuno de junio de mil novecientos siete y conforme a él procede la emancipación -- respecto de la madre, por los causas: por vivir desahonestamente - y por observar una conducta depravada. Se llama desahonesta a la persona impúdica, o sea la que no observa ningún recato en el aspecto sexual.-

CAPITULO VI

CONCLUSIONES.-

Definición de la patria potestad según el Art.252 del Código Civil.-

Concepto moderno de la patria potestad.

Necesidad de reformar algunos Artos. del Código Civil-- relativos a la Patria Potestad.-

El Art. 252 de nuestro actual Código Civil dice: " La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo y en su defecto a la madre legítima o a la ilegítima en su caso, sobre sus hijos no emancipados. Todo lo que se diga en este título y en el siguiente respecto del padre, se aplicará igualmente a la madre legítima o ilegítima en sus casos respectivos, excepto cuando la ley disponga expresamente otra cosa.

Los hijos de cualquiera edad no emancipados se llaman hijos de familia y el padre o madre, con relación a ellos, padre o madre de familia".-

De todo el contenido del citado artículo podemos sacar en síntesis que para la Legislación Salvadoreña, patria potestad es el conjunto de derechos que la ley da a la persona que la ejerce sobre el hijo no emancipado.

Expresada así la definición, se nos facilitará hacer su análisis para considerar si ella da una idea exacta de lo que es la institución mencionada o no.

De la definición de nuestro Código, resulta que en ella concurren cuatro elementos o requisitos los cuales son: 1o) Conjunto de derechos; 2o) provenientes de la ley; 3o) Sujeto activo y 4o) Sujeto pasivo.

Creemos que en la frase "conjunto de derechos" quedan comprendidas únicamente las facultades patrimoniales como consecuencia de la potestad del padre sobre el hijo, en lo relativo a sus bienes.

Hay abogados salvadoreños que no piensan así y sostienen que en la frase "conjunto de derechos" quedan incluidos además de los relativos a los bienes, aquellos que provienen de la autoridad paterna.

Nosotros modestamente opinamos que solamente se refiere a los derechos que tienen relación con los bienes del hijo, porque basta leer los artículos del título correspondiente para darse cuenta de ello; en cambio las facultades derivadas de la autoridad paterna, como decir, derecho de castigar, de corregir y educar a los hijos están reglamentados por separado.

El segundo elemento: "que provengan de la ley", quiere decir, que por el sólo hecho de que el ascendiente pruebe su parentesco con el descendiente, tiene derecho a que se le reconozcan las facultades derivadas de la patria potestad.

Sujeto activo, es la persona que ejerce la patria potestad correspondiendo este derecho al padre sobre los hijos legítimos y a la madre respecto de los hijos ilegítimos.

Sujeto pasivo, es el que se encuentra sometido a la potestad del padre o de la madre y recibe el nombre de hijo de familia. El sometimiento dura hasta que el hijo es emancipado.

De lo anteriormente expuesto llegamos a la conclusión de que nuestro Código no da una definición clara y precisa de lo que es la patria potestad; si la diera no se presentaría ninguna dificultad en la interpretación de la frase "conjunto de derechos", a que antes nos hemos referido.

La institución de la patria potestad ha evolucionado - muchísimo desde el Derecho antiguo hasta nuestros días. En sus comienzos, la patria potestad confería al padre poderes tan absolutos sobre sus hijos, que en su ejercicio cometía atropellos tan bárbaros, como venderlo,arlo en garantía, privarlo de la vida, etc. que al evocarlos nuestra mente se enardece y no comprende - por que los pensadores ilustres de la antigüedad, que tantos aportes filosóficos proporcionaron, no rechazaban en forma enérgica tan inhumanas prácticas, capaces de sublevar aún los espíritus más sumisos.

Se afirma y ello es cierto, que en todas las Legislaciones el concepto ha cambiado: la patria potestad se ejerce no en beneficio del padre, sino del hijo, y si algunas legislaciones la estiman como derecho es porque la naturaleza misma ha establecido que los padres deben tener suficiente autoridad para dirigir y asegurar el porvenir de sus hijos.

Sin embargo, no todos los países en la actualidad han-

plasmados en preceptos legales, lo que en realidad es la institución de la patria potestad.

Tomando como base la evolución de la institución que nos ocupa, podemos hacer dos grandes grupos acerca de las Legislaciones vigentes.

En el primero quedarían comprendidas aquellas en que el avance es menor, las cuales, consideran todavía que la patria potestad es fuente de derechos del padre sobre los bienes, o la persona del hijo o sobre ambos.

En el segundo tendríamos que colocar a los países en los cuales el avance de la institución ha sido más acentuado. Los que consideran que la patria potestad es una función tutelar y pública respecto de los hijos, la cual debe ser controlada por órganos y autoridades de carácter social.

Hay países en los cuales la institución está regulada en tal forma, que a cada derecho que se otorga al padre, se le impone un deber correlativo, lo cual la hace más justa, más humana y quizás más conveniente para los sujetos que en ella intervienen.

Algunos países como Inglaterra y Estados Unidos consideran la patria potestad como una función tuitiva y legal sobre los hijos menores, sometida al control de autoridades y jurisdicciones especiales, y sin otorgar, por regla general, a las personas que ejercen, ningún derecho de usufructo sobre los bienes de los sujetos a ella.

Resumiendo, la patria potestad ha evolucionado radical-

mente convirtiéndose de un poder absoluto, de naturaleza privada, - establecida en beneficio exclusivo del padre, respecto de la persona y bienes del hijo, en una función tuitiva de naturaleza social - en beneficio de las personas sometidas a ella, controlada por organismos y autoridades especiales, a fin de garantizar a los menores en sus derechos personales y patrimoniales.

En el estudio de la patria potestad a través de nuestra - Legislación, hemos encontrado disposiciones que nos han parecido - estar de más, otras que en su tenor literal quizás expresan más de lo que quieren significar y algunas que talvez necesitan de mayor - claridad a fin de ser interpretadas en su verdadero contenido, sin ninguna dificultad; razones por las cuales, somos de parecer, se - ría conveniente se introdujeran algunas reformas, entre las cuales proponemos:

1o) Se cambie la redacción del Art. 252 C., en el sentido - de que exprese en forma clara y precisa cuales son los derechos - que confiere la patria potestad a la persona que la ejerce: si -- son únicamente los relativos al patrimonio del hijo de familia, o - si quedan incluidos también los provenientes de la autoridad pater - na.

2o) Se confiera la patria potestad al padre natural en - defecto de la madre ilegítima.

3o) Se modifique el inciso segundo del Art. 263 C., o - se introduzca un nuevo artículo que categóricamente diga si todos - los derechos inherentes a la patria potestad, o solamente algunos -

de ellos, quedan en suspenso, al suspenderse la patria potestad, a fin de evitar criterios diferentes relativos a su interpretación.

4o) Se finalice el Art.270 C. con esta frase " inclusive cuando se trate en la muerte presunta" para evitar que algunos intérpretes crean que si reaparece el desaparecido recupera la patria potestad.

5o) Se agregue un artículo ordenado que cuando el padre emancipe voluntariamente al hijo, la patria potestad pase de pleno derecho a ser ejercida por la madre.

6o) Se supriman las frases " o por haber sido éste desheredado", que aparecen en los Arts. 255 y 259, ambos del Código Civil, por innecesarias, desde luego que entre nosotros no existe la desheredación.

7o) Se sustituya la frase " entre el supuesto padre " por " contra el supuesto padre" del Art.283 C. inciso último a fin de hallarle sentido, la cual aunque no pertenece al Título de la patria potestad fue analizada en el presente estudio.

8o) Se suprima la frase " por acta del matrimonio en el caso " el artículo 218 que aparece en el Art.280 C. el cual asimismo es ajeno al articulado propio de la patria potestad porque se refiere a los hijos naturales; y cuya supresión proponemos porque también fue objeto de comentario en párrafos anteriores y la razón que dimos, lo vamos a repetir: los hijos reconocidos por el acta del matrimonio en el caso del Art.218 C. no adquieren la calidad de naturales como dice el citado artículo 280 C. sino la de hijos legitimados.-

I N D I C E

Cap. I.-	EVOLUCION HISTORICA	Pag. 1
	La Patria Potestad en el Derecho Romano.- La Patria Potestad en el Derecho Español.- La Patria Potestad en el Derecho Francés.- La Patria Potestad según el Código Civil de El Salvador de 1860.	
Cap. II.-	PERSONAS QUE LA EJERCEN	Pag. 11
	La Patria Potestad sólo la ejercía el padre legítimo.- La Patria Potestad ejercida por la madre legítima.- La Patria Potestad ejercida por la madre ilegítima.- La Patria Potestad ejercida por ambos padres.- La Patria Potestad respecto del padre natural.	
Cap. III.-	PERSONAS SOMETIDAS A LA PATRIA POTEESTAD	Pag. 24
	Hijos legítimos y legitimados.- Hijos ilegítimos, naturales y adulterinos.- Hijos adoptivos.	
Cap. IV.-	EJERCICIO DE LA PATRIA POTEESTAD	Pag. 44
	Usufructo legal.- Administración de bienes.- Representación legal.	
Cap. V.-	PRINCIPIO Y FIN DE LA PATRIA POTEESTAD	Pag. 63
	Epoca en que comienza.- Suspensión. Recuperación.- Pérdida y Extinción.	
Cap. VI.-	CONCLUSIONES	Pag. 77
	Definición de Patria Potestad según Art.252 del Código Civil.- Concepto moderno de Patria Potestad.- Necesidad de reformar algunos Arts. del Código Civil relativos a la Patria Potestad.	

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

- 1.- Derecho Romano Eugenio Petit.
- 2.- Instituciones de Derecho Romano Pedro Bonfante.
- 3.- Derecho de Familia. Antecedentes
Históricos José Arias.
- 4.- Manual de Derecho Civil Español.
Vol. VI Familia Diego Espin.
- 5.- Historia de las Instituciones
Jurídicas salvadoreñas Napoleón Rodríguez R.
- 6.- Curso Elemental de Derecho Civil A. Colin y H. Capitant.
- 7.- Tratado Elemental de Derecho Civil Marcel Planiol.
- 8.- Derecho Civil Chileno Luis Claro Solar
- 9.- Evolución del Código Civil Chileno Manuel Somarriva Undu
rraga.
- 10.- Derecho de Familia Manuel Somarriva Undu
rraga.
- 11.- Derecho de Familia en la Legislación
Comparada Luis Fernández Clérigo.
- 12.- Derecho de Familia Héctor Lafaille.
- 13.- El Código Civil del año 1860 con
sus modificaciones Belarmino Suárez.
- 14.- Revistas de Ciencias Jurídicas Facultad de Derecho.
- 15.- Ediciones del Código Civil salvadoreño.