

750
241



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**"PATRIA POTESTAD E INSTITUCIONES QUE
ORIGINAN SU EJERCICIO".**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JUAN CARLOS RUIZ ESPINDOLA**

México, D. F.

1990

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

PATRIA POTESTAD E INSTITUCIONES QUE ORIGINAN SU EJERCICIO

	Pág.
INTRODUCCION	vi
CAPITULO I	
LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD	
1. Como función del ejercicio de un derecho	1
A. Concepto	1
B. Efectos	4
C. Formas de extinción	11
2. La patria potestad en el derecho mexicano	17
A. Evolución	17
B. Fundamentación social	18
CAPITULO II	
1. Filiación	20
A. Concepto	20
B. Reconocimiento	23
C. Legitimación	30
D. Efectos	33
2. Adopción	34
A. Concepto	34
B. Naturaleza jurídica	36
C. Efectos	37
CAPITULO III	
LA TUTELA COMO INSTITUCION SUPLETORIA DE LA PATRIA POTESTAD	
1. Concepto	40

A. Clases de tutela	43
B. Naturaleza jurídica	46
2. Funciones y responsabilidad del tutor	47
A. Asignación, deferición y discernimiento del cargo	47
B. Funciones del tutor	48
C. Cuentas de la tutela	50
3. Dependencias públicas tutelares	51
A. Juzgados de lo familiar.	51
B. Ministerio Público	52
C. Los Consejos Tutelares en México	54
4. Extinción de la Tutela	58
5. La institución de la curatela	59

CAPITULO IV

ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LA IMPORTANCIA ACTUAL

DE LA PATRIA POTESTAD

1. Un término ambiguo	61
2. Deficiencias en su reglamentación	64
A. Irrenunciabilidad	64
3. La importancia de la intervención del Estado para vigilar el buen desempeño de su función	66
A. La protección de los menores trabajadores	66
Conclusiones	71
Bibliografía	74

I N T R O D U C C I O N

El objetivo de este trabajo es dar a conocer la importancia actual que reviste la institución de la patria potestad, así como de las instituciones que originan su ejercicio, ya que, aun cuando ha sido objeto de estudio de varios autores destacados, continúa causando estragos a los juzgadores, pero sobre todo a los interesados que desconocen el alcance de los efectos de dicha figura.

Desde luego, para sustentar lo anterior en el primer capítulo se hace un análisis con relación a la patria potestad como la función del ejercicio de un derecho ya que en un principio, en el pueblo romano, se advertía que el poder paterno era autoritario que al paso del tiempo se ha debilitado y transformado precisamente en el ejercicio de una función que constituye el otorgamiento de derechos y facultades, así como obligaciones y deberes a cargo no sólo de los padres, sino de todos los demás ascendientes en favor y beneficio del menor.

Asimismo, con base en el análisis del contenido de las características primordiales de la patria potestad, se hace referencia a las instituciones de la filiación y de la adopción, como instituciones que originan el ejercicio de la patria potestad, estudiando sus características y alcances de la filiación natural y la civil para vigilar el buen desempeño de aquella función. Por otro lado, se alude a la Tutela como institución supletoria de la patria potestad y sobre todo, poniendo énfasis en los objetivos que deben cumplir las Dependencias Públicas Tutelares para vigilar el cargo del tutor. Por supuesto que no escapan del análisis de esta institución las clases de tutela que se dan en México, así como la naturaleza jurídica que la sustenta.

Ha sido objeto de alusión en el último capítulo de algunos aspectos sobre la importancia actual que reviste la patria potestad, como es el caso de que constituye un término ambiguo que debe ser superado para su mejor entendimiento. Se pone es

pecial cuidado en la importancia de la intervención del Estado para vigilar el buen desempeño de su función sobre todo en la protección de los menores trabajadores.

CAPITULO I

LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD

1. COMO FUNCION DEL EJERCICIO DE UN DERECHO.

A. Concepto

Aún cuando el concepto de la patria potestad ha sido ya muy estudiado, es importante señalarlo en el presente estudio para la comprensión del tema, así como para el objeto de la investigación.

La patria potestad, ha sido definida por autores destacados, sin embargo, siempre llegan a un mismo punto de convergencia sobre la misma aunque la doctrina no sea uniforme, hay algunos que la consideran un poder y otros una función. Entonces, podemos decir que es la unión de derechos y deberes que se otorgan e imponen a los ascendientes para que ejerzan su función en beneficio de los menores y de sus bienes, siempre con la finalidad de protegerlos y educarlos. Efectivamente, debemos resaltar que el objetivo de la institución que venimos estudiando es en verdad importante y se refiere precisamente a la asistencia, defensa y protección en todos los aspectos para la adecuada formación de los hijos.

Asimismo, debemos dejar claro que es una institución que deriva de la filiación, ya sea que se trate de una filiación con-

sanguínea o bien, civil, que necesariamente debe establecerse legalmente para determinar quién o quiénes son los responsables de su ejercicio.

La ley impone obligaciones cuyo incumplimiento lleva a una sanción determinada, así, consideramos que son obligaciones, por ejemplo, la educación o la administración de los bienes. Sin embargo, y aquí es donde justificamos el hecho de que se otorguen facultades a los ascendientes, la función de su ejercicio queda al libre albedrío de los progenitores, por eso se habla de un de recho para elegir , por ejemplo, qué tipo de educación ha de llevar el hijo. "La patria potestad se ha transformado de derecho en deber, que será ejercido en interés del hijo"⁽¹⁾. Cabe señalar que los derechos sobre los hijos son limitados ya que no implican el maltrato físico o mental de los menores.

Aseguramos categóricamente que el ejercicio o desempeño de la patria potestad es, en nuestros días, más que un poder o autoridad absoluta, una función, precisamente, del ejercicio de un derecho. Evidentemente el signo de los tiempos ha venido a cambiar su esencia por una actividad o función de los progenitores. Esto se debe a circunstancias y hechos que han permitido que pierda el carácter autoritario que obtuvo en el antiguo derecho romano y, aún, en el germánico; y que se haya convertido en una institución destinada al amparo de la persona y bienes de los hijos.

(1) ANDRADE VALDERRAM, Ignacio. "Patria Potestad", en Enciclopedia Jurídica OMEBA. Driskill. Argentina. 1978. p.

Tan es así, que al remontarnos al origen de la "patria potestad" en la época romana, observamos que la autoridad absoluta conferida al padre le permitía disponer de sus hijos, de la forma que mejor le pareciera, "esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, y que ejercía, al mismo tiempo que sobre la persona, sobre los bienes de los hijos". (2) Por otra parte "el padre o el abuelo tenía un poder disciplinario, casi ilimitado, sobre el hijo; hasta podía matarlos (ius vitae necisque)...". (3) Aunado a esto, no era raro que se facultara al Pater Familias a abandonar a los hijos si no quería tener esa carga.

No podemos pasar por alto el sentido puramente moral que deriva de los padres a los hijos, y nos referimos al cariño y al afecto que, sin duda, encaminan al ejercicio de la patria potestad con responsabilidad más que con la obligación contenida en la norma.

No deben escapar de nuestro estudio algunas de las definiciones que elaboran prestigiados autores. Un concepto práctico que contiene todas y cada una de las partes que conforman la institución de la patria potestad es la de la maestra Sara Montero quien dice: "es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad". (4) Sin embargo, falta algo que no se in

(2) PETIT, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. Tr. D. FERRANDEZ GONZALEZ, José. Época. México, 1977. p. 101.

(3) FLORIS MARGADANT, Guillermo. El Derecho Privado Romano. Duodécima Ed. Esfinge. México. 1983.

(4) MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia, Porrúa. México. 1984. p. 339.

tuye en esta definición, que previamente tal filiación debe estar establecida legalmente.

Otra definición, a nuestro parecer muy adecuada, es la del doctor Galindo Garfias y estima que "la patria potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos".⁽⁵⁾

El Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia Federal ⁽⁶⁾ no nos da un concepto de patria potestad y solamente establece que los hijos menores estarán sujetos a éste siempre que haya algún ascendiente que tenga la obligación de ejercerla (artículo 412 del Código Civil), sobre la persona y los bienes de los hijos, precisamente (artículo 413 del Código Civil).

B. Efectos.

Una vez conocidos los elementos que integran la Institución de la Patria Potestad, podemos hacer referencia a los efectos que derivan del ejercicio de esta función con relación a las

(5) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Sexta Ed. Porrúa. México. 1983. p. 667.

(6) Nos referiremos más adelante respecto a este ordenamiento como Código Civil.

personas que intervienen en ella, así como de los bienes de los menores. Para este análisis, siempre es conveniente hacer una clasificación con tres rubros a través de los cuales se determinan los supuestos que podrían presentarse.

a) Los relativos a los menores sujetos a la patria potestad:
 Es indudable que los efectos con relación a los hijos se traducen en deberes y derechos que corren a su cargo. Aludiendo en primer lugar a las obligaciones observamos que su contenido es puramente moral, "una norma de carácter totalmente ético..."⁽⁷⁾
 Efectivamente, al tratarse de menores no emancipados no se les pueden imponer normas de carácter jurídico ya que de acuerdo con el artículo 647 del Código Civil, sólo podrá disponer libremente tanto de su persona como de sus bienes en cuanto tenga la mayoría de edad. Sabemos de antemano que la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos (artículo 646 del Código Civil), sin embargo, debemos ponderar lo siguiente: es cierto que jóvenes menores de dieciocho años pueden asumir perfectamente determinadas obligaciones, así como ser, también, plenamente responsables por delitos que cometan. No obstante nuestra consideración, y para el buen seguimiento de nuestra investigación, nos guiaremos de conformidad con el Código Civil.

Ahora bien, estos deberes se reducen primeramente a que los hijos hagan suya la cualidad moral que impele al más severo cumplimiento de sus obligaciones hacia sus padres y todos sus de-

(7) MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 346.

más ascendientes. Asimismo, tenerles consideración y atención no importando las circunstancias en las que se tengan que otorgar. El legislador recoge lo que el tiempo no ha podido borrar, estableciendo que: "los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes", (artículo 411 del Código Civil). Cabe mencionar que este criterio no tiene porque perderse, ya que siempre debe imperar el respeto mutuo entre los miembros de la familia para mantenerla sólida.

Por otro lado, de conformidad con lo establecido en el Código Civil en el artículo 421 el menor no puede, por ningún motivo, abandonar permanentemente el domicilio de los padres que por mandato legal debe considerarse domicilio legal del hijo.

Al igual que otros autores, estimamos que tanto los derechos de los menores, como algunas obligaciones, son efectos correlativos a los titulares que ejercen la función de la patria potestad. Por otra parte, entenderemos mejor los alcances de los multiplicados efectos.

b) Los relativos a los ascendientes que ejercen la patria potestad: Hemos señalado que la patria potestad deriva de la filiación, es decir, de la procreación o bien de la adopción, y con ella la imposición a los que la ejerzan la obligación de otorgar a los menores sujetos a la misma, una formación adecuada y conveniente, siempre en beneficio de estos últimos así como de sus bienes.

Para el estudio de los derechos y obligaciones por parte de

los ascendientes, nos concretaremos a los siguientes supuestos: la obligación de costear las necesidades de los hijos, en primer lugar, proveerlos de alimentos y aún cuando tenemos claro que este deber no deriva propiamente de la patria potestad, sino de la filiación, ya que no se pierde aunque se llegue a tener la mayor edad, estimamos que es un pilar que sostiene y lleva por buen camino a la institución, puesto que también tenemos presente su función esencial que consiste en el cuidado y formación del menor. Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 308 del Código Civil en los alimentos también se comprende la obligación de educarlos convenientemente. Es realmente importante este hecho ya que otorga la posibilidad al hijo para que se abra paso en la sociedad y pueda bastar sus necesidades por sí solo. Indudablemente nos referimos a la educación en las escuelas y así agotar la finalidad de "...proporcionarle los medios para que adquiera algún oficio, arte o profesión honestos..." (artículo 308 del Código Civil). Resulta evidente que el deber de educar no se agota en los centros de enseñanza, sino por el contrario, conlleva a que los padres corrijan adecuadamente a los hijos para una mejor convivencia en el hogar. Así, el artículo 423 del Código Civil concluye estableciendo que "...los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo." Anteriormente, se otorgaba el "derecho" de castigar "mesuradamente"⁽⁸⁾ a los hijos, ahora debe entenderse esta fa-

(8) Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación, el martes 31 de diciembre de 1974, entra en vigor 60 días después de su publicación.

cultad de corrección a través del ejemplo que se les dé con respecto a la conducta que debe adoptar, la cual debe ser adecuada y de acuerdo a las buenas costumbres. También a través de llamadas de atención, sólo verbales, sin llegar en ningún momento a ocasionarles lesiones, ya que en la actualidad se observa que se llevan a cabo numerosos casos de maltrato a los menores. Sin embargo a la Ley no escapa la prevención de estos delitos por medio de sanciones, mismas que están contenidas en el artículo 295 del Código Penal para el Distrito Federal, al cual consideramos muy acertado, ya que sin duda se debe sancionar al ascendiente por el delito de lesiones y suspenderlo e incluso, privarlo de los derechos que le otorga el ejercicio de la patria potestad, asimismo, es importante mencionar que el Código Penal no prevé que el ascendiente culpable evada sus obligaciones con respecto a los hijos. No obstante el precepto anterior, también está contemplado el artículo 347 del mismo ordenamiento que determina lo siguiente: "Los golpes dados y las violencias simples hechas en ejercicio del derecho de corrección, no son punibles." Definitivamente no podemos justificar, incluso, violencias que el Código llama "simples" o bien golpes, puesto que esto afecta tanto física como psicológicamente al menor; por otro lado, quién va a determinar que se trata de violencia "simple"; es por esto que estimamos que cualquier tipo de agresión debe ser sancionada.

En cuanto a la representación legal que llevan a cabo los ascendientes a favor y en interés de los menores, lo cual cons-

tituye una obligación más a su cargo. Resulta lógico pensar que quienes ejercen la patria potestad sean los que representen y actúen en nombre de los hijos en todos y cada uno de los actos jurídicos que se presenten; precisamente porque tienen encomendadas la vigilancia y protección de la persona y bienes del menor. Al respecto, el Código Civil en su artículo 424 establece que: "el que esté sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el Juez".

Finalmente, nos referiremos al domicilio de los menores sujetos a la patria potestad, el cual, como ya se señaló, es el que ocupa junto con sus padres, de conformidad con la fracción I del artículo 31 del Código Civil. Por otro lado, es también con secuencia de la obligación del hijo de cohabitar con quienes ejercen la patria potestad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 421 del mismo ordenamiento.

c) Relativos a los bienes de los hijos: En lo que va del primer capítulo, hemos agotado los efectos correlativos que derivan de la patria potestad con relación a las personas que intervienen en ella. Ahora pasaremos a estudiar la relación que se desprende entre los ascendientes y los bienes que pertenecen en propiedad al menor.

Al respecto, es necesario guiar nuestro estudio de acuerdo con lo que establece el artículo 428 del multicitado Código, ya que prevé en forma precisa las dos clases de bienes que los

menores pueden obtener y son: en primer lugar los que adquiere a través de su trabajo y en este caso es importante abrir un párrafo y señalar que efectivamente los menores de edad pueden ser sujetos del derecho laboral de acuerdo con la ley⁽⁹⁾ e incluso con tesis jurisprudenciales que determinan que los menores de edad que tengan entre 14 y 16 años pueden ser sujetos de derecho laboral y los que están entre 16 y 18 años, podrán considerarse trabajadores comunes y corrientes; en segundo lugar los bienes que reciban por cualquier otro medio como podría ser una donación o un legado. Así, tenemos que de los primeros el menor tiene la propiedad, el usufructo, es decir, las utilidades devengadas, y además tendrá, en la medida de sus propias aptitudes, la administración de los mismos. Esta medida adoptada por la ley, resulta de la constante protección al menor, en este caso de la protección al patrimonio que va forjando, además, resulta lógico que si adquiere un bien con el producto de su trabajo la consecuencia lógica es que sea de su propiedad. Sin embargo, si analizamos esto en la realidad, observaremos que generalmente los bienes que podría adquirir el menor son, hasta cierto punto, mínimos, es por ello que el legislador le otorga incluso la administración de los mismos. En relación a los segundos la propiedad también es del menor pero surgen algunas variantes en cuanto al usufructo de los bienes obtenidos por esta vía, el 50% será destinado al patrimonio del menor y el otro 50% será para quienes ejercen la patria potestad. Otra variante

(9) El artículo 23 de la Ley Federal del Trabajo establece que: "los mayores de dieciséis años pueden prestar libremente sus servicios, con las limitaciones establecidas en esta Ley. Los mayores de catorce y menores de dieciséis necesitan autorización de sus padres o tutores y a falta de ellos, ... de la Junta de Conciliación y Arbitraje, del Inspector del Trabajo o de la Autoridad Política...."

es en cuanto a la administración de los bienes, y corresponde a los ascendientes que ejercen la patria potestad; asimismo, la administración supone la realización de los actos necesarios por parte de los ascendientes, buscando el mejor provecho de los bienes en beneficio e interés del hijo, sin embargo, el ejercicio de este derecho puede dar lugar a abusos que, desde luego, van en perjuicio del menor ya que al existir una relación de tipo posesorio, en el caso de bienes muebles, como por ejemplo el dinero u otros instrumentos bancarios (cheques, pagarés, etc.), sin duda pueden llegar a confundir, a veces con dolo, el patrimonio de ambos. Cuando se trata de bienes inmuebles, generalmente es detectable el abuso cuando se intenta enajenar o rentar el bien, incluso sin el consentimiento del Juez⁽¹⁰⁾ es crucial por esto subrayar la importancia de la intervención del Estado para controlar ésta, hasta cierto punto libre, administración de los bienes, puesto que la idea que prevalece actualmente en la figura de la patria potestad, es la de protección a los menores incluyendo a su patrimonio.

C. Formas de terminación.

Hemos analizado el fin primordial por el que tiene su razón de existir de la patria potestad: el cuidado y formación adecuada del menor. Pero cuando tal objetivo se agota, es decir,

(10) El artículo 436 del Código Civil establece que los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar los bienes del hijo sino por causa de necesidad o beneficio y con autorización del juez competente.

se hace innecesaria tal protección, entonces la patria potestad termina, salvando desde luego, aquellos deberes y derechos que no nacen propiamente de ésta como es el caso del respeto mutuo entre ascendientes y descendientes. La extinción de la institución supone la terminación total del ejercicio de su función y sólo se presenta en los siguientes casos: Primero, es indudable que la patria potestad se ejerce mientras que los hijos son menores de edad exclusivamente; es por ello que cuando los menores sujetos a la misma, adquieren la mayor edad, al cumplir los dieciocho años, adquieren también la capacidad de ejercicio la cual constituye una capacidad plena y con ellos la facultad de disponer libremente tanto de su persona como de sus bienes. Por otra parte es la forma más lógica y normal que la extingue, esto lo estimamos porque la doctrina señala otras formas que a nosotros nos parecen inoperantes y que han sido superadas como el que se otorga a los hijos cuando ingresan a institutos monásticos con la autorización de sus padres; y en este caso se trata de la imposibilidad material de continuar con la patria potestad, sin embargo cuando el hijo abandonara por cualquier causa los hábitos y aún fuera menor de edad renacería la patria potestad. Con ello, deducimos que la pérdida no es total, en realidad podríamos pensar en una pérdida hasta cierto punto temporal, ya que estaría supeditada a que el menor no deje su profesión monástica.

El segundo caso de terminación total de la patria potestad es la emancipación, figura de carácter civil que tiene su ori-

gen y que era considerado como un acto jurídico en el que convergían la voluntad de los padres e hijos para terminar con el ejercicio de la patria potestad, lo cual se debía a que los hijos adquirirían capacidad para manejarse por sí mismos. Por otro lado, debemos señalar que la "mancipatio" romana no se adquiría por el matrimonio, era el padre quien la otorgaba cuando quisiera o bien, por ejemplo, cuando fuera a caer en la miseria podía emancipar al hijo, otorgando su cesión a cambio de un precio en dinero o como garantía de una obligación; sin duda, guardaban en ciertos casos una condición muy cercana a la de un esclavo.

Actualmente, en el Código Civil se contempla la emancipación legal, la cual opera cuando el menor de dieciocho años contrae nupcias. Sin embargo, el mismo Código Civil señala que los ascendientes pueden o no otorgar su consentimiento para que los menores contraigan matrimonio y determina que a falta del consentimiento de éstos, lo suplirá el Juez de lo Familiar.⁽¹¹⁾ El artículo 148 del Código Civil establece como requisitos para contraer matrimonio que los menores hayan cumplido, en el caso del varón 16 y la mujer 14 años de edad, aunque debemos apuntar de que debe tratarse de una causa justificada y se haya obtenido el consentimiento de los ascendientes. El mismo artículo termina diciendo que se podrán conceder dispensas cuando las circunstancias lo ameriten a través del Jefe del Departamento del Distrito Federal así como los titulares de las Delegaciones Políticas, sin embargo no encontramos fundamento a estas facultades.

(11) Ver artículo 150 del Código Civil.

des que se atribuyen a estos funcionarios públicos y consideramos que debe ser reformado, ya que, en todo caso, el que debe otorgar dicha dispensa es el Juez de lo Familiar con motivo del análisis de los hechos.

Los menores que se encuentran en este supuesto de contraer, adquieren responsabilidades propias y que de ningún modo podrán transferir a sus padres, ya que entra a un ámbito jurídico y social diferente adquiriendo la capacidad suficiente para responder por su persona y disponer libremente de sus bienes. No obstante, en el caso de la libre administración de los bienes de los consortes, el artículo 643 del Código Civil establece dos excepciones en las que es indispensable recibir autorización judicial y son: para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces y para el caso de negocios judiciales, y aún cuando este precepto establece que se le requerirá de un tutor, sin embargo no es el representante legal que debe tener, sino más bien la asesoría de un abogado como a cualquier persona que tiene capacidad de ejercicio, además de que la figura del tutor se da en otras condiciones respecto al menor de edad como veremos más adelante.

Por último, en cuanto a la emancipación que regula nuestra legislación, reafirmamos que su efecto es el de extinguir la patria potestad con fundamento en el artículo 641 del Código Civil que establece que: "el matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá

en la patria potestad". Además existen ejecutorias y tesis jurisprudenciales de la Corte que han resuelto con la misma tendencia, determinando que "la emancipación resultante del matrimonio se produce sin consideración alguna a la legalidad del matrimonio mismo, pues por no aceptar nuestra legislación la nulidad de pleno derecho, todos los actos jurídicos deben reputarse válidos y surten todos sus efectos, mientras no sean nulificados por declaración judicial". (12)

Para nosotros resulta tedioso mencionar que la muerte del menor, o bien la muerte de los ascendientes que pudieren ejercer la función de la patria potestad, sea una causa de terminación de la institución que venimos estudiando ya que, aún cuando efectivamente lo es, nos parece soporífero puesto que la muerte acaba con los derechos y obligaciones de las personas, salvando algunas excepciones. Sin embargo, cuando es resultado de la muerte de los padres y los ascendientes que podrían ejercer la función tienen algún impedimento, entonces surge la figura de la adopción donde resurge la patria potestad, o bien, puede suplirse con la institución de la tutela.

Ahora bien, los ascendientes pueden, exclusivamente, perder la función de ejercicio de la patria potestad cuando el caso así lo amerita, estos supuestos se aluden en el artículo 444 del Código Civil y determina que cuando alguno de los padres es

(12) Tomo I, Civil; Tribunal Colegiado de Distrito. Tesis 1070, p. 483.

condenado en dos o más ocasiones por delitos graves, ⁽¹³⁾ nosotros diríamos que con uno solo basta para que pierda la patria potestad. Asimismo, señala el Código, podrá ser condenado en una sentencia, expresamente a su pérdida. Incluso cuando los delitos son contra los propios hijos, como lo serían: las costumbres depravadas de los ascendientes, el mal trato o el abandono de los menores así como de sus deberes lo cual constituye un perjuicio en la salud, seguridad o moralidad de los hijos. Por otro lado, cuando la pérdida de la patria potestad es consecuencia de una sentencia de divorcio, quien conserva el pleno ejercicio de la misma es el cónyuge que no resulte culpable de la causa que propició el divorcio (artículo 444, fracción II, del Código Civil), esto quiere decir que necesariamente uno de los consortes debe haber incurrido en alguna falta o algún delito que dé lugar al divorcio. Como lo explicamos en el párrafo anterior, no es posible que el ascendiente que haya sido responsable siga ejerciendo la patria potestad de lo contrario sería perjudicial para el menor. Sin embargo, cabe señalar que pierde su función sólo en lo que se refiere a derechos, pero de ningún modo puede permitirse que omita o evada sus obligaciones las cuales persisten (artículo 285 del Código Civil).

(13) Al respecto compartimos la clasificación que nos da Herrera y Lasso de los delitos contemplados por la Constitución, determinando que serán: 1. Delitos gravísimos, los que merezcan pena de muerte; 2. Delitos graves, si el procesado no puede ser beneficiado con la garantía de libertad cautiva (artículo 20, fr. I, C.P.); y 3. Los delitos menos graves, si el procesado puede beneficiarse de la garantía de libertad bajo fianza. Sin embargo para el caso particular que atendemos, debe considerarse a los delitos en general y no sólo con un grupo determinado de los mismo.

2. LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO.

A. Evolución.

Sin duda un antecedente primordial y que influye determinan-
 temente para que la patria potestad surgiera en el sistema jurí-
 dico mexicano, lo constituye la potestad paternal del pueblo ro-
 mano a la que ya hemos hecho referencia, y de la cual, su prin-
 cipal características era el poder absoluto otorgado al pater
 familias. "La evolución que presenta esta institución en sus di-
 ferentes etapas, desde la primitiva monarquía, la corta etapa
 de la república y los quince siglos del imperio romano, de occi-
 dente y luego de oriente, es la de un original poder absoluto
 del padre..."⁽¹⁴⁾ No obstante, a través del tiempo ha perdido
 este carácter, además se ha limitado la autoridad de los que
 ejercen la patria potestad, incluso, para que se logre efectiv-
 dad, el Estado interviene directamente para asegurar el buen
 funcionamiento de la misma. Esta intervención que antes podría
 haberse considerado una intromisión extraña e ilegal al núcleo
 familiar, donde el pater familias ejercía su potestad, es en
 nuestros días, fundamental. Tan es así que el Código Civil de
 1928, el cual entra en vigor hasta 1932, tiene una gran influen-
 cia de las escuelas socialistas de la época en la que se elabo-
 ra éste y que representa uno de los factores que justifican la
 intervención del Estado. Así lo estima también el maestro Galin-
 do Garfias, diciendo que se trata de un cargo de derecho priva-

(14) MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit., p. 341.

do a cargo de los padres, pero que reviste, sin duda, un interés público, a través, claro está, de la intervención estatal.

Actualmente, la institución de la patria potestad se encuentra específicamente regulada en los artículos 411 al 448 del Primer Libro del Código Civil, en los cuales se observan tres rubros relativos a sus efectos con respecto a los hijos así como de sus bienes y las formas de terminación y suspensión de la patria potestad.

B. Fundamento social.

Es importante destacar que en la actualidad la función de la patria potestad encierra, para quienes se otorga su ejercicio, un deber que de ningún modo atrae beneficios propios o la satisfacción de sus fines particulares, sino que cumple una real función social, la cual estará encaminada a la protección de los menores y de sus bienes, lo que se traduce en una carga impuesta a quien la ejerce.

Asimismo, la función social que tiene encomendada la patria potestad, constituye un prolegómeno de su propia naturaleza jurídica, ya que anteriormente, lejos de ser una función social, reflejaba ser un derecho natural que, como lo hemos señalado, otorgaba un poder absoluto al padre sobre sus hijos, ahora lo consideramos el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los ascendientes para beneficio y desarrollo óptimo de los hi-

jos. Más aún, si nos atrevieramos a considerarlo un derecho natural en nuestros días, daría lugar a la transgresión de las leyes que contienen las obligaciones encomendadas a los padres, puesto que podría ser ejercido con completa libertad sin permitir, incluso, la intervención del Estado para vigilar su buen funcionamiento, o más aún, no permitiría legislar al respecto puesto que los padres decidirían libremente sobre el cuidado y educación de los hijos sin que se les coaccione a través de la ley si incurrieran en algún delito contra los segundos.

Locke estima que la autoridad paterna es el origen de la jefatura del Estado y determina que lo que sujeta al hijo con sus padres es su "debilidad" e "ignorancia", y es por ello que debe otorgarle protección hasta que obtenga capacidad de ejercicio. Por otro lado, sostiene que la autoridad paternal es más bien un deber, ya que los ascendientes deben atender el desarrollo físico e intelectual del menor y en caso de abandono o atentado contra su integridad, la sociedad está obligada a hacer cesar ese poder que el padre detenta.⁽¹⁵⁾ Es aquí donde aparece el carácter de interés público que adquiere la patria potestad y sirve para recordar a las partes directamente involucradas (los padres), que existen consideraciones que van más allá de sus propios objetivos o intereses particulares, en cuanto al cuidado de los hijos, así como a la administración de sus bienes; con esto queremos decir que la fundamentación social deriva de la manifestación de la voluntad de la mayoría que es la comunidad.

(15) Ver en ENCICLOPEDIA INTERNACIONAL DE LAS CIENCIAS SOCIALES. Segunda Ed. Aguilas, Vol. 6. España, 1979. Pág. 329

CAPITULO II

INSTITUCIONES QUE ORIGINAN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

1. FILIACION.

A. Concepto.

Un concepto de filiación que da el Diccionario Jurídico Mexicano es el siguiente: "La relación que de hecho y por razón natural existe entre padre o la madre y su hijo, se conoce jurídicamente como filiación. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole. Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y su hijo."⁽¹⁶⁾ Esta relación jurídica que constituye la filiación es precisamente la expresión jurídica del hecho natural de la procreación, lo cual, incluso en algunos casos, lleva a suponer que la filiación se relaciona con el parentesco consanguíneo⁽¹⁷⁾ y que sea la principal fuente de la familia. Sin embargo esta relación jurídica no necesariamente surge entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado, ya que para ello es indispensable que una a ambos proge

(16) GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Filiación". En Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit., p. 1447.

(17) El artículo 324 del Código Civil establece: que se presumen hijos de matrimonio los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

nitores el matrimonio. A lo que nos referimos es a que la institución deriva por diferentes causas, la primera es, precisamente, la de la filiación matrimonial, pero también puede haber filiación cuando los que reconocen al hijo no están unidos en matrimonio, y una tercera causa, es la filiación civil, a través de la adopción.

La filiación matrimonial se perfecciona cuando el hijo nace dentro de los planos contemplados por la ley, ⁽¹⁸⁾ es decir, debe considerarse que el matrimonio da certeza de la filiación tanto del hijo como del padre, precisamente porque existe fidelidad y con ello la ley otorga crédito a la mujer casada respecto de la paternidad de su hijo, sin embargo, admitiría prueba en contrario a través de la acción de desconocimiento o contradicción de la paternidad.

Con relación a la filiación extramatrimonial, tiende a aludirse en virtud de que, al tratarse de hijos nacidos fuera de matrimonio, corren el riesgo de no contar con la protección paterna; es por ello que la ley reconoce la necesidad de organizar un sistema distinto para probar la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

La filiación queda establecida a través del reconocimiento voluntario que haga el padre con el hijo o bien cuando quede establecido judicialmente conforme a una sentencia que declare la paternidad y, en su caso, la maternidad. Sin embargo, cabe men-

(18) El artículo 325 del Código Civil, determina que contra dicha presunción; sólo se admite la prueba de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su cónyuge en los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento.

cionar que la maternidad generalmente queda probada con el parto, esto de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 del Código Civil, donde se contempla la obligación de que en el acta de nacimiento aparezca el nombre de la madre, sin duda, estaríamos ante un reconocimiento de carácter forzoso. Ahora bien, el hijo puede, en cualquier momento, ejercer su acción de investigación de la maternidad,⁽¹⁹⁾ aún cuando está limitado a que no se trate de una mujer casada a quien se intente atribuir el hijo. Por otro lado, tiene la acción de investigación de la paternidad, pero dicha acción se reduce a los casos previstos en el artículo 382 del Código Civil, incluso puede establecerse entre los concubinos como lo señala el artículo 383 del Código Civil.

Finalmente la filiación civil, que se configura a través de la adopción, y que convierte al adoptante en padre o madre, y al adoptado en hijo. Y que es tema que ampliaremos en otro apartado. Es importante señalar que en la actualidad, el Código Civil vigente, contempla las clases de filiación que hemos aludido, sobre todo la clasificación de la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial, sin embargo no marca ninguna diferencia en cuanto a los efectos que derivan estas dos, sino que las elude, exclusivamente para contemplar los medios de prueba que pueden darse para que se establezca la filiación entre los progenitores y los hijos nacidos fuera de matrimonio. También, con relación a la segunda clase de filiación, se le

(19) Ver artículos 360 y 385 del Código Civil.

conoce como filiación natural y con ella se le pone como título a diversas tesis jurisprudenciales y en las ejecutorias que emite La Suprema Corte de Justicia de la Nación. ⁽²⁰⁾

B. Reconocimiento.

El estudio del reconocimiento resulta ser relevante en virtud de que su principal efecto es el de crear una relación jurídica con los hijos que nacen fuera de matrimonio, e incluso, de concubinato, ⁽²¹⁾ y respecto de los cuales no se ofrecían garantías para que alguien se responsabilizara de su desarrollo óptimo en todos los ámbitos como el social, intelectual y, por supuesto, asegurar los medios necesarios para su subsistencia.

El reconocimiento es la manifestación de la voluntad del padre y/o madre para considerar como hijo al nacido fuera de matrimonio, por otro lado se indica también que es "...un acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen por aquel que reconoce y en favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación", ⁽²²⁾ estas características específicas del reconocimiento resultan ser interesantes y por eso se pasará a explicar

- (20) Tesis que han sentado precedente:
Sexta época, cuarta parte: Vol. CXXI, p. 59. A.D. 8431/1965 Mario César Chávez Milliken. 5 votos, Séptima época, cuarta parte: vol. 45, p. 27 A.D. 1955/1971. Magdalena Alcántara Lira. 5 votos.
- (21) Es importante señalar que los hijos nacidos dentro del concubinato, obtienen filiación, aún cuando ésta se considera natural, como la obtendrían los hijos nacidos en matrimonio, de conformidad con el Art. 303 del Código Civil.
- (22) ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo segundo, 6a. Ed. Porrúa México. 1983, p. 727.

cada una de ellas: es unilateral porque se le atribuye al padre o, en su caso, a la madre, la facultad de reconocer al hijo, de tal manera que se prescinde de cualquier otra voluntad; sin embargo esto es solo en principio, ya que resulta ser plurilateral cuando no es posible ir en contra de la voluntad del hijo o de sus tutores para que pueda reconocerse, o bien cuando ha concluido el término de 15 días que señala la ley para hacer el levantamiento del acta de nacimiento. Es solemne ya que la ley exige que sea por escrito,⁽²³⁾ de lo contrario, como ya sabemos, se tiende a declarar inexistente. Ahora bien, esta solemnidad constituye una formalidad esencial, ya que el acto jurídico será inexistente cuando no se observen las formalidades que contempla la propia ley; sin embargo, dicha formalidad esencial que da existencia al acto jurídico, podrá ser convalidada ratificándolo expresamente o confirmando el acto.

No es revocable, ya que estamos en presencia de una forma de confesión que, desde luego, no está supeditada o sujeta a cualquier condición por quien otorgó el reconocimiento; precisamente por esto último es factible contemplar otra característica que constituya un acto incondicional, lo cual implica que sea puro y simple y no quede sujeto a nada y a nadie que pueda modificar sus efectos jurídicos. Pero es importante señalar que sí podría ser afectado de nulidad relativa, cuando haya habido error o engaño. Una última característica específica del recono

(23) El Artículo 360 del Código Civil contempla los modos siguientes: en partida de nacimiento ante Juez del Registro Civil; en acta especial; en escritura pública, a través de un testamento y, por confesión judicial directa y expresa.

cimiento es la de ser un acto personal, la paternidad será reco-
nocida exclusivamente por el padre y la maternidad exclusivamen-
te por la madre, esto en razón a que no es posible que cual-
quier persona haga el reconocimiento a nombre de otra. Asimismo,
es un acto jurídico que reviste ciertos requisitos de fondo y
de forma para que se perfeccione. Uno de los principales requi-
sitos de fondo, es la edad de quien pretenda reconocer al hi-
jo, ⁽²⁴⁾ que debe tener mínimamente la edad que se requiere te-
ner para contraer matrimonio, es decir, catorce la mujer y die-
ciseis el hombre, edad que debe ser sumada a la edad del hijo
que se va a reconocer ; por otro lado, si el que reconoce es me-
nor de edad, tendrá necesariamente que contar con el consenti-
miento de sus padres o representantes legales, o bien, mediante
autorización judicial. Esto no denota otra cosa que la de darle
la importancia que merece la responsabilidad que se adquiere.

Además de los supuestos anteriores, se presentan otros que
están también contemplados en el Código Civil y que resultan
ser derivantes de los que ya estudiamos; y a saber son: en el
caso de que el menor de edad a reconocer por parte de un presun-
to padre debe obtener la autorización, cuando este caso se pre-
sente, de la madre o de quien se ocupe del menor. ⁽²⁵⁾

(24) El artículo 361 del Código Civil prevé la regla del reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

(25) Al respecto, el Código Civil establece: artículo 379, la madre podrá contradecir y dejar sin efectos el acto de reconocimiento, cuando éste haya sido efectuado sin su consentimiento. Por otro lado, el artículo 378 del mismo ordenamiento determina que la mujer que ha tratado como hijo a aquel que realmente no es suyo, también tiene el derecho a contradecir el reconocimiento. Sin embargo, se omitirá su consentimiento cuando sea obligada a través de una sentencia ejecutoriada.

En cuanto a los requisitos formales que reviste el reconocimiento, éstos se encuentran contemplados en el artículo 369 del Código Civil, los cuales, son requisitos que se traducen en actos solemnes, que ya señalamos para que se establezca el mismo, así tenemos la numeración que nos da el precepto, en acta especial de reconocimiento ante el oficial del registro civil, también en escritura pública ante notario a través de un testamento y finalmente ante la autoridad judicial en la que se otorgue una confesión expresa y directa, Cabe mencionar que para el caso de que el reconocimiento se establezca a través de testamento, sólo el titular de dicho acto de testar podrá realizarlo ya que es un acto jurídico personalísimo y unilateral. Para reforzar esta idea tenemos que, cuando los progenitores reconocen al menor, no es posible que uno de ellos reconozca en nombre del otro; de acuerdo a lo establecido en el artículo 370 del Código Civil.

De lo anterior, podemos establecer los requisitos con relación a los hijos, los cuales son: en caso de los menores de edad a reconocer, su representante legal es quien debe emitir su autorización para que otorgue el reconocimiento. A contrario sensu, cuando el que se va a reconocer, es mayor de edad debe emitir su consentimiento; incluso, si el menor fue reconocido, y llega a la mayor edad, puede reclamar contra el reconocimiento, esto último de conformidad con lo establecido en el artículo 376 del Código Civil.

En cuanto a las consecuencias del acto de reconocimiento, te

nemos como primer efecto el del surgimiento de la filiación, la cual implica el ejercicio de la patria potestad; asimismo trae consigo la sucesión legítima. Hay autores que estiman que implica el derecho-deber recíproco de otorgar alimentos y también el surgimiento de la tutela legítima; sin embargo son, en realidad, efectos que encierra el propio ejercicio de la patria potestad.

Es posible considerar que el reconocimiento pueda establecerse sólo entre los que sean propiamente progenitores, sino que puede emitir su voluntad de reconocer cualquier otra persona que no necesariamente sea padre o madre del hijo; y no circunscribe exclusivamente a la adopción. Claro que esto traería consecuencias de una posible impugnación por parte de terceros perjudicados.

Efectivamente, no deja de ser diferente esta filiación a la que deriva propiamente del matrimonio, ya que pueden operar acciones de nulidad del reconocimiento o bien acción de impugnación de la paternidad en el caso de la acción de la nulidad del reconocimiento, corre a mayor del progenitor sólo cuando el momento de reconocer, éste era menor de edad y tiene pruebas suficientes que demuestran que lo hizo con engaño o incurrió en algún error esto de conformidad con el artículo 363 del Código Civil, el cual otorga un término hasta de cuatro años contados a partir de que obtuvo la mayoría de edad, sin duda esta nulidad está plenamente justificada ya que podrían causarse perjuicios en los intereses, no sólo del que reconoce, sino en el de los parientes que tienen que ver con la filiación.

Señalamos que una de las características del reconocimiento es el de ser irrevocable, sin embargo las acciones que señalamos en el párrafo anterior, vienen a establecer una excepción a la regla. El artículo 363 del multicitado Código otorga la acción de nulidad al progenitor que reconoció siendo menor de edad y lo hizo mediante engaño o dolo, incurriendo en error, no obstante, dicho precepto no tiene por qué dar exclusividad a los menores de edad, ya que puede también incurrir en error un mayor de edad, por tanto, dicha acción deberá sustentarse en lo establecido en el artículo 2228 del Código Civil.⁽²⁶⁾ La impugnación del reconocimiento la podrá intentar el menor que ha llegado a la mayoría de edad, incluso cuatro años después.

Pero la acción impugnación del reconocimiento tiene otras variantes, la puede ejercer la mujer que ha asumido la responsabilidad de observar y atender el desarrollo de los menores sin ser precisamente la madre;⁽²⁷⁾ otra variante se presente cuando la madre que no otorgó su consentimiento para que se reconociera al hijo y decide impugnarlo; otra opción, es la que opera a través del Ministerio Público, cuando se detecta algún perjuicio en contra de la persona y los bienes del menor, sin duda esto representa una garantía más para protección del menor de edad. Es posible que se representen otros supuestos, como el caso de que un tercero que resultara afectado por los efectos que

(26) Sin duda, el individuo que reconoció puede incurrir en un error ya sea fortuito o provocado por dolo o bien con mala fe, incluso haber sufrido actos de violencia en el momento del acto. Es obvio que debe aplicarse la regla general para exigir la nulidad del reconocimiento.

(27) Ver artículo 378,

deriven del reconocimiento y que la base de este acto fuera ilegal, por lo que surge un derecho de excepción, sin embargo, cabe señalar que no procederá la impugnación cuando se trate de privar de lo necesario al menor para subsistir.

Es indudable que el reconocimiento otorga beneficios a todos los hijos que nacen fuera de matrimonio los cuales, seguramente, estaban vedados de encontrar con sus padres e incluso, de sus parientes, las garantías necesarias para su desarrollo y a quienes únicamente se les reconocía un derecho a alimentos cuando hubiesen sido reconocidos voluntariamente. Asimismo, el reconocimiento es un acto declarativo y atributivo del título de filiación, el cual se acredita en forma fehaciente la relación biológica de filiación extramatrimonial existente entre los progenitores y sus descendientes; tan es así que "las objeciones dirigidas a su consideración como una declaración de voluntad han dado lugar a doctrinas mixtas por lo que resultaría irrevocable en cuanto confesión con consecuencias jurídicas erga omnes; y un acto de voluntad anulable por los vicios del consentimiento".⁽²⁸⁾ Por último, el multicitado reconocimiento produce efectos jurídicos retroactivos al momento en el que se determina la existencia del hijo ya que "el reconocimiento no implica sino la exteriorización de un hecho que tenía existencia antes".⁽²⁹⁾ Por tanto, es la adquisición de todos y cada uno de los derechos y obligaciones para quien tiene la calidad de hijo

(28) "Reconocimiento de hijos extramatrimoniales". En Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XIV Bibliografía, Buenos Aires, 1977, p. 22.

(29) Ibidem, p. 23.

de matrimonio, consecuencia lógica y directa del acuerdo a través de un acto declarativo de voluntad y que constituye un estado civil, el de la filiación.

C. Legitimación.

Es indudable que la figura jurídica de la legitimación de los hijos tuvo gran importancia histórica, si revisamos nuestros libros de Derecho Romano observamos que se trataba de una institución plenamente justificada, así como indispensable, para beneficiar a los hijos naturales y pasar a ser legítimos por la unión conyugal de sus progenitores. Así tenemos que "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. Esta condición excluye no sólo a los hijos adulterinos o 'incestuosos', sino también a aquellos a cuyos padres o madres no podían contraer matrimonio por alguna prohibición legal o temporal..."⁽³⁰⁾

Es así como el derecho moderno todavía conoce la legitimación como modo excepcional de establecer la filiación, sólo que sus efectos son algo distintos, debido al diferente alcance que nuestro derecho da a la patria potestad.

Así, en Roma, la legitimación de una persona mayor de edad hacía sufrir a esta última una 'capitis deminutio minima'. En

(30) PETIT, Eugene. Op. cit., p. 118.

cambio, en el derecho moderno, el hijo mayor legitimado no sufre una reducción en sus derechos...."(31)

El maestro Galindo estima que "la legitimación tiene lugar por subsecuente matrimonio de los padres; los hijos naturales que estos han procreado hasta entonces, adquieren la calidad de hijos legítimos (hijos de matrimonio) como consecuencia de este acto..."(32); el concepto encierra todos los elementos que integran a esta figura de la legitimación, exceptuando sólo uno que es el acto de reconocimiento; ya que aquel supuesto sólo surtirá efectos cuando medie el reconocimiento. Si analizamos cada uno de los artículos del Código Civil que regulan la legitimación, del 354 al 359, se interpreta que el reconocimiento es un requisito "sine qua non" e indispensable para que tal figura se perfeccione.

Tan es así que en principio parecería que los efectos derivan de la legitimación; sin embargo, en realidad los efectos son propios del reconocimiento. Para fundamentar lo anterior, tenemos que el artículo 354 del Código Civil, establece que aquellos hijos extramatrimoniales, serán considerados hijos de matrimonio con la unión legítima que celebren posteriormente los padres, pero el artículo 355 del mismo ordenamiento determina que no surtirá efectos la legitimación contemplada en el presente anterior, si no hay de por medio reconocimiento.

El artículo 357 del mismo ordenamiento establece también co-

(31) FLORIS MARGADANT S. Guillermo. Op. cit., p. 203.

(32) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit., p. 648.

mo máxima, el hecho de que exista el reconocimiento, determinando sólo así los hijos adquirirán todos sus derechos, adn cuando sea después del matrimonio.

Habrá que tener cuidado en no hacer alusión al término de hijos ilegítimos o bien legítimos, excluyendo los casos en que se haga referencia histórica; ya que con lo analizado a lo largo de este apartado y al no existir diferencias o posibilidades de clasificación de los hijos, así como también haber señalado los efectos que podrían derivar de la legitimación, no es importante o necesario que la figura de la legitimación esté adn contemplada en el Código Civil y, por tanto, es conveniente que sean derogados los preceptos que la regulan. Conveniente porque cualquiera podría pensar que con el hecho de contraer nupcias, automáticamente los hijos nacidos fuera de matrimonio obtienen los derechos y obligaciones al igual que los hijos nacidos en matrimonio, como el derecho a la sucesión legítima. Al respecto, tenemos que "la legitimación puede implicar una fusión de dos actos jurídicos consistentes en el reconocimiento que lleven a cababo los padres del hijo natural y en el matrimonio que realicen después de haber nacido o sido concebidos los hijos naturales... de tal manera que no basta sólo que los padres de un hijo natural nacido o simplemente concebido celebren matrimonio sino que se requiere además que reconozcan al hijo ya nacido a que esté simplemente concebido". (33)

Incluso, puede existir otra circunstancia en la que se dé la

(33) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II, 6ª ed. Porrúa. México. 1983. pp. 689, 690.

legitimación determinando que "además de esta forma normal en que opera la legitimación por la fusión de esos actos jurídicos, se admite que puede existir sólo el matrimonio subsecuente de los padres para que los hijos naturales nacidos antes de ese reconocimiento consta el nombre del padre o de la madre".⁽³⁴⁾ En realidad, existe un reconocimiento expreso, ya que termina diciendo el autor que "...Bien vistas las cosas, hay un reconocimiento implícito cuando el padre o la madre presentan al hijo y hacen constar su nombre".⁽³⁵⁾

D. Efectos.

Las consecuencias jurídicas de la filiación son las que recoge cualquier tipo de parentesco y que son: en primera instancia la obligación de los ascendientes a otorgar alimentos a los menores, a que se configure la sucesión legítima en caso de muerte del ascendiente, también entraría la tutela legítima que es precisamente la protección que se debe al menor. Por otro lado, se configuran prohibiciones a cargo de los elementos personales que intervienen en la filiación que se traducen en delitos en material penal.

Los efectos que revisten características particulares del parentesco de filiación son, el derecho a otorgar el nombre de los ascendientes a los descendientes. Por supuesto que bien da

(34) Ibidem, p. 693.

(35) Op. cit.

lugar a que se ejerza la función de la patria potestad, sin duda una consecuencia jurídica relevante, por lo que implica darle protección al menor y los medios para su formación y desarrollo óptimos.

2. ADOPCION.

A. Concepto.

La adopción constituye un acto jurídico de carácter complejo, ya que en él intervienen varios elementos, como la convergencia de varias voluntades para que se perfeccione, las cuales son: las del adoptante, la del representante del adoptado, y la resolución judicial que autorice el ejercicio de la misma; sin embargo, también se puede presentar el caso de que sea el mismo adoptado el que otorgue su consentimiento cuando tenga más de 14 años, éste último de conformidad con lo establecido en la fracción IV del artículo 397 del Código Civil. Otro elemento es precisamente la tramitación del expediente judicial, en virtud de ser un acto solemne, el cual debe apegarse a las formalidades establecidas en el Código de Procedimientos Civiles. Por otro lado, es un acto extintivo de la patria potestad para quien la ejercía hasta el momento de la adopción, ya que ésta se transfiera al adoptante (artículo 403 del Código Civil). Es un acto constitutivo del parentesco civil y de la patria potestad.

La adopción, en un principio, se consideraba un medio o con-

ducto para aquellos matrimonios que no podían tener hijos y así llenar un "hueco" y alcanzar sus aspiraciones teniendo descendencia. Otra causa por la que se acudía a realizar el acto de adopción, era exclusivamente con miras a la reproducción de la estirpe. Sin duda estos supuestos no obedecían necesariamente a una causa altruista hacia la protección del infante o mayor incapacitado. Actualmente, se puede considerar una Institución "...creada fundamentalmente con fines de protección de la persona y de los bienes de los menores de edad no emancipados y de los mayores de edad incapacitados". (36)

El maestro Galindo Garfias estima que "la adopción crea una relación de paternidad (parentesco) respecto de un extraño, don de la naturaleza no la ha establecido". (37)

Y, viendo bien las cosas, cuando no se lleva a cabo el acto del reconocimiento de los hijos, por parte de los progenitores, puede el menor ser adoptado, de lo cual deriva, respecto de la persona y bienes del adoptado, todos y cada uno de los derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos (artículos 395 y 396 del Código Civil).

Cabe señalar que los efectos que deriven de la adopción se circunscriben al adoptante y al adoptado, exclusivamente.

Por otra parte, es posible que la adopción se revoque, lo que también constituye una diferencia con relación a los hijos nacidos en matrimonio o nacidos fuera de matrimonio que hayan

(36) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit., p. 652.

(37) Ibídem.

sido reconocidos previamente; la diferencia estriba en que la revocación en la adopción puede ser convenida entre las partes, pero siempre y cuando, el adoptado sea mayor de edad y, para el caso del reconocimiento, podrá ser revocado cuando el que reconoció haya incurrido en error o dolo. Desde luego que la adopción se revoca también por ingratitud del adoptado y éste surtirá efectos cuando se compruebe si cometió algún delito contra la persona, honra o los bienes del adoptante, así como en la persona de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes.

B. Naturaleza Jurídica.

Al analizar los elementos que constituyen al acto jurídico de la adopción se puede extraer su naturaleza jurídica, y determinar que es un acto de naturaleza mixta, ya que una vez que convergen las voluntades de quienes quieren llevar a cabo el acto, el Estado tiene que otorgar también su consentimiento; esto fundamentado en la intervención estatal en interés de la protección tanto de los menores de edad, como a mayores de edad incapacitados. Así es como "esta peculiar naturaleza jurídica... como institución adquiere cada día un aspecto social que se funda en la necesidad de lograr en la mejor manera posible el esfuerzo de los particulares y del Estado, la protección y amparo del menor... alejándose hoy en día, ... aquella concepción individualista de PORTALIS que fue introducido en el Código Civil francés..."⁽³⁸⁾ precisamente porque se le otorgaba naturaleza (38) Ibidem, p. 655.

contractual, debido a la ideología individualista que se dába como consecuencia de la Revolución Francesa. Obviamente no podemos concebir la naturaleza de carácter contractual de la adopción puesto que no se da el principio de la autonomía de la voluntad y porque es un acto jurídico que requiere la manifestación de la voluntad de las personas que desean dar cumplimiento a las consecuencias jurídicas que se traducen en obligaciones a cargo de quien adopta.

Tampoco se puede admitir el otro extremo, de que se trate de un acto de poder estatal, ya que aun cuando el juez de lo Familiar aprueba y decreta la adopción, no lo puede hacer por iniciativa propia o a su libre arbitrio, sino que debe observarse previamente la voluntad del adoptante así como la de los representantes del adoptado o, incluso y cuando sea el caso, la del propio adoptado; y, por supuesto la voluntad de la autoridad que decreta la adopción; configurándose con esto, un acto jurídico plurilateral de carácter mixto.

C. Efectos.

Generalmente, a la adopción se le denomina parentesco civil o filiación civil y, precisamente, ese es uno de los efectos que, de manera directa, se presenta el perfeccionamiento de la institución. Es indudable que el parentesco que se crea, es semejante al consanguíneo; y obedece, como ya lo señalamos, a una causa altruista con miras a la protección de los infantes. Del

parentesco, se derivan los derechos y obligaciones, al igual que derivan entre los progenitores (los padres) y sus hijos, es to de conformidad con los artículos 345 y 346. Sin embargo, estos efectos, se circunscriben únicamente entre adoptantes y adoptado, no haciéndose extensivo a los parientes del primero (artículo 402 del Código Civil). Al respecto, la doctrina estima que la adopción debería considerarse más abierta, que sus efectos fueran más extensivos con relación a los familiares del que adopta, es decir, "...la adopción no beneficia grandemente al adoptado en el sentido de incorporarlo a un grupo familiar. De allí la gran necesidad de crear en México y en los sistemas jurídicos que todavía no la regulan, la adopción plena".⁽³⁹⁾ En verdad el Código Civil no contempla la posibilidad de que se lleve a cabo el supuesto anterior de incorporar al menor al grupo familiar del adoptante y al respecto no existe inconveniente en que se incorpore en algún precepto, ya que, no altera los fines para lo cual fue creada la institución; y para el caso de que se afecten intereses de terceros, procederá la impugnación del acto.

Otro efecto que surge de la adopción y a la vez del parentesco, es la patria potestad, la cual se crea cuando el menor no contaba con un tutor o representante que la ejerciera; también se transmite,⁽⁴⁰⁾ cuando los que la ejercen, consienten en que

(39) MONTERO DULHAT, Sara, Op. cit., pp. 329 y 330.

(40) El artículo 403 del Código Civil establece que la patria potestad será transferida al adoptante, cuando se perfeccione el acto de adopción, excepto que el mismo adoptante, esté casado con alguno de los progenitores del adoptado.

se realice la adopción. Desde luego que al otorgarse la posibilidad de que haya adopción plena, el menor resultará beneficiado para que los demás ascendientes, aplicando las reglas ya mencionadas en el capítulo correspondiente. Tan es así, que si el menor o, incluso, el mayor incapacitado, tiene familia, no tiene por qué extinguirse esa filiación pero sí se extinguió la patria potestad.

De acuerdo con el artículo 157 del multicitado Código, al existir la adopción, surge el impedimento para que el adoptante contraiga nupcias con el adoptado e inclusive con sus descendientes, pero termina diciendo que al extinguirse el vínculo jurídico de adopción podrá realizarse el matrimonio. Esto constituye también un efecto.

CAPITULO III

LA TUTELA COMO INSTITUCION SUPLETORIA DE LA PATRIA POTESTAD

1. CONCEPTO

Indudablemente, la institución de la patria potestad constituye la figura esencial o fundamental para la protección y desarrollo de los menores; sin embargo, cuando no existe la posibilidad de que los ascendientes ejerzan esta función, e incluso no pueda ser asumida por otra persona que no sea pariente a través de la adopción; surge la institución de la tutela para suplir la responsabilidad de su ejercicio; convirtiéndose así en una institución subsidiaria de la primera.

Sin duda, "...el fundamento de la tutela responde a la idea protectora y defensiva de la persona y los intereses morales y materiales del incapaz, en cuyo beneficio se dictan las normas respectivas; pues a él le son debidas como consecuencia del derecho que la asiste a tal amparo social, derivadas de su situación". (41)

Por otro lado la tutela no sólo se desempeña con menores de edad sobre los cuales no se ejerce la función de la patria po-

(41) GOMEZ RIVERA, Héctor Alfredo. "TUTELA". Enciclopedia jurídica OMEBA. Tomo XXVI.

testad, sino que tiende también a velar por los intereses tanto de la persona como de los bienes de los que sean mayores de edad, pero que carecen de capacidad de ejercicio. En este caso y también para el caso del menor de edad, quien ejerza la tutela representará al pupilo,⁽⁴²⁾ actuando en su nombre.

La tutela fue creada fundamentalmente, para otorgar protección a quienes carecen de la capacidad de ejercicio; sin embargo, la ley limita su desempeño tanto en la persona como en los bienes de los sujetos a la misma, con relación a la patria potestad, justificándose en la forma en la que derivan, ya que en el caso del ejercicio de la patria potestad, se trata de los progenitores o de los familiares del menor; y en el caso de la tutela es una persona extraña que debe ser, necesariamente, vigilada en sus actos para el buen desarrollo y evitar que determinados oportunistas actúen en perjuicio y detrimento de la persona y bienes del pupilo. Tan es así que se afirma categóricamente que "...No hay lugar a tutela, mientras exista quien ejerza la patria potestad; sólo se puede organizar la tutela cuando falta ésta".⁽⁴³⁾

Cabe señalar que la tutela podrá ser señalada para los casos especiales que la ley señale en los que tenga por objeto la representación interina del incapaz, esto de conformidad con el artículo 449 del Código Civil.

(42) Pupilo es precisamente la forma de designación de la persona que carece de capacidad de ejercicio y que está sujeto a la tutela.

(43) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. cit., p. 692.

En cuanto a las características de la tutela, tenemos que se trata de una institución de carácter público, en virtud de que es el Estado quien vigila el buen desempeño de la misma; sin duda, "...Una institución creada por el Estado para salvaguardar la persona y los bienes de los que, careciendo de protectores naturales, son incapaces para conducirse por sí mismos ...",⁽⁴⁴⁾ por otro lado, el hecho de no permitir que no ejerza la función si no media causa justificada. Por tanto es un cargo irrenunciable, pero, por otro lado, puede ser excusable ya que puede existir algún impedimento legítimo que definitivamente no pueda permitir el buen desempeño de la función. Las características específicas de la tutela se determinan porque es un cargo temporal y remunerado. Temporal en razón de que el ejercicio de la tutela, cesa cuando el menor adquiere la mayoría de edad, o cuando sea el caso de que el mayor de edad que carecía de su capacidad de ejercicio, la recupere. Sin duda, puede presentarse el caso de que la tutela no cese en las formas señaladas y se tenga que ejercer por un tiempo mayor, sin que sean más de diez años, de acuerdo con lo previsto en el artículo 466 del Código Civil, por supuesto que nos referimos a los extraños que la desempeñan; y es remunerado porque el mismo Código señala en sus artículos 585 las reglas para que se haga efectivo el derecho retribución económica que adquiere el tutor por su función; esta retribución se obtiene gravando los bienes del pupilo.

(44) COUTO, Ricardo, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, La Vasconia, México, 1919, p.

A. Clases de Tutela.

En el derecho romano se determinaron tres clases de tutela y son las mismas que han servido de antecedente y fundamento para las legislaciones posteriores. De Ruggiero, estima que de la de laci ón de la tutela, es decir, las causas por las que era confe rida la tutela, era a través del testamento, la ley, o el nombramiento hecho por el consejo de familia y del cual surgían tres especies de tutela; la testamentaria, la legítima y la dati va. Un dato importante es que se consideraba que "Tres son las especies de la tutela si se tienen en cuenta las personas sobre las que se constituye (otra clasificación toma por base la forma de la delaci ón, distinguiendo la tutela testamentaria, legítima y dati va); una y, la más importante, es la tutela del menor, la otra, que se refiere a los mayores de edad, se da a los enfermos mentales interdictados...y para los condenados a pena que lleve consigo la interdicción...".

En nuestro derecho las tres clases de tutela están contempla das en el artículo 461 del Código Civil, y a saber son, en el mismo orden en que nos da el precepto citado.

a. La tutela testamentaria regulada en los artículos 470 al 481 del Código Civil donde queda establecido que en ningún caso que no sea el que contempla dichos artículos, no habrá lugar a la tutela testamentaria. "En doctrina la tutela testamentaria es la que se dispone por acto de última voluntad". (45)

(45) DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Cuarta Ed. (tr. Ramón Serrano Suner). Reus. Madrid, 1931. p. 928.

De conformidad con el artículo 470 del Código Civil, se establece que el ascendiente que sobreviva, es el que tiene derecho a nombrar un tutor en su testamento y será sobre aquellos los que ejerza la patria potestad, la cual constituye un fundamento más de que la tutela es efectivamente una institución supletoria de la patria potestad.

b. Por otro lado, el Código Civil también hace alusión a otra clase de tutela, la legítima, la cual está contemplada en los artículos 482 al 494, y que opera en virtud de que no exista la tutela testamentaria y para el caso expreso de que los pa dres que venían ejerciendo la patria potestad sobre los menores la hayan perdido por una causa imputable a los mismos, es en es te caso cuando la autoridad judicial determina a las personas que ejercerán la función de la tutela siguiendo los lineamientos contenidos en la ley.

Es importante destacar que la tutela legítima tiene lugar pa ra el caso de los menores que carecen de ascendientes y no están sujetos a la patria potestad; así como con los mayores care cen de la capacidad del ejercicio.

En ambos casos, quienes se encargan de ejercer la tutela son los parientes. ⁽⁴⁶⁾ Se alude un tercer caso, y se trata de los

(46) Para el caso de los menores, la tutela legítima corresponde a los hermanos, cualquiera que sea la línea; y a falta de los hermanos serán los colaterales, incluyendo el cuarto grado. Este de conformidad con el artículo 483 del Código Civil. Con relación a la tutela legítima de los mayores que carecen de la capacidad de ejercicio; les corresponde al cónyuge, cuando éste ha contraído nupcias; si ha tenido descendencia, la ejercerán los hijos si no se presenta ninguna de éstas, entonces la ejercerán los ascendientes, y además colaterales.

menores abandonados, los que han sido totalmente desamparados y no cuentan con parientes; para ello se le otorgará la tutela legítima a la persona que lo haya acogido, o bien, a los directores de instituciones de beneficencia; de acuerdo con lo contemplado en los artículos 492 y 494 del Código Civil.

c. Finalmente tenemos a la tutela dativa, la cual se da para aquellos casos judiciales en los que están involucrados los menores de edad emancipados (artículo 499) "Tiene también un carácter subsidiario, y es la dispuesta por el magistrado al menor que no lo tenga nombrado por sus padres, y cuando no existan los parientes llamados a ejercer la tutela legítima o no sean capaces o idóneos, o hayan hecho dimisión de la tutela, o cuando hubiesen sido removidos."⁽⁴⁷⁾ Es cuando realmente opera.

La tutela dativa opera cuando el tutor testamentario tiene algún impedimento que no sea permanente, para que ejerza su cargo, por supuesto que acontece lo mismo para el caso de la tutela legítima y no existe otro pariente para dar cabal cumplimiento. (Artículo 500 del Código Civil).

Esta figura está regulada en los artículos 495 al 502 del Código Civil. Es indudable que la protección que debe otorgarse a los menores, con las diligencias correspondientes que haga el Estado es muy amplia; tan es así, que en un momento dado, las autoridades como el Presidente Municipal del domicilio

(47) GOMEZ RIERA, Héctor Alfredo. Op. cit., p.

del menor o los registradores del ayuntamiento y las demás que señala la ley⁽⁴⁸⁾ deben respetar al menor a falta de parientes. Sin embargo esto debe ser considerado temporal y en los casos exclusivamente necesarios.

B. Naturaleza Jurídica.

De conformidad con el artículo 452 del Código Civil, la tutela es un cargo de interés público, determinando que nadie puede evadir tal obligación, sólo cuando haya una causa legítima que no permita su desempeño, la cual deberá calificar el Juez, únicamente; ya que es el representante del Estado quien debe procurar la seguridad a los menores de edad y mayores sin capacidad de ejercicio. Así tenemos que "la tutela es un poder que... viene a ser un subrogado de la patria potestad puesto que sólo funciona cuando ésta cesa por muerte de los padres o por perder éstos la patria potestad... tal poder es conferido como un oficio público, que implica cargas y deberes que se asumen y cumplen en provecho del incapaz... la tutela está sujeta a numerosas limitaciones...". (49)

Ha quedado claro que la justificación de la tutela descansa en hacer efectiva la protección a los incapacitados y que "el

(48) Artículo 501 del Código Civil. Señala que tendrán obligación de desempeñar la tutela: I. El presidente municipal del domicilio del menor; II. Los demás regidores del ayuntamiento; III. Autoridades administrativas en caso de no haber ayuntamiento; IV. Los profesores oficiales del domicilio del menor; V. Los miembros de juntas de beneficencia pública o privada, y VI. Los directores de instituciones de beneficencia pública.

(49) DE RUGGIERO, Roberto. *Op. cit.*, p. 915.

ejercicio de este poder, es un verdadero mandato legal, una in vestidura civil, un cargo que la ley impone...".⁽⁵⁰⁾

2. FUNCIONES Y RESPONSABILIDAD DEL TUTOR.

A. Designación, deferición y discernimiento para otorgarla.

Es determinable que la designación del tutor puede hacerse a través de las tres clases de tutela que analizamos en el apartado anterior. Tal es el caso de la tutela testamentaria, en la dicha designación corre a cargo del "De cuius" o tutor de la herencia. O bien, en la tutela dativa donde el Estado a través del Juez de lo Familiar es a quien corresponde nombrar tutor a quien lo requiera.

Una vez que ha llevado a cabo la designación, procede hacer el deferimiento del cargo, acción que corresponde al Juez de lo Familiar y que constituye "el acto de jurisdicción que confirma, el nombramiento del tutor, por no existir causa legal alguna que le impida desempeñar la tutela".⁽⁵¹⁾ Es decir, se tiene certeza de que ello atraerá beneficios al incapacitado. Esto último es lo que se conoce como el discernimiento de la tutela, que es la justificación de haber otorgado el ejercicio de la función del tutor, para garantizar el debido cuidado de los intereses del incapacitado.

(50) DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Segunda Ed. Porrúa. México. 1981. p. 483.

(51) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit., p. 701.

Tan es así que los actos practicados por el tutor a quien aún no se hubiere discernido la tutela, no producirán efectos respecto al menor.

B. Funciones del tutor.

La fracción IV del mismo precepto establece como obligación la de administrar el caudal de los incapacitados; lo cual va relacionado directamente con el patrimonio del pupilo y con la responsabilidad del tutor de realizar un inventario "solemne y circunstanciado" del mismo. Dicha función de administración constituye todos los actos necesarios para el buen desempeño de la tutela y beneficio del pupilo; es por ello importante señalar que no se contemplan actos de disposición libre, y que incluso están prohibidos por la propia ley, salvo que tienden a garantizar un provecho y además se obtenga el permiso judicial correspondiente.

Las autoridades judiciales para realizar una determinada conducta por parte del tutor se encuentran dispersos en el Código Civil y a saber son: el artículo 554 que establece que dentro del primer mes de ejercer el cargo, el tutor deberá fijar una cantidad determinada para gastos de administración; el artículo 561, con relación a la enajenación y gravamen de los bienes del pupilo; el artículo 556 que contempla a los gastos extraordinarios; asimismo el artículo 566 hace alusión a la licencia judicial para que el autor pueda transigir o comprome-

ter en árbitros los negocios del pupilo este último artículo se complementa con el 568 para el caso de que el autor transija cuando el asunto se ventile con relación a los bienes inmuebles; por otro lado, el tutor no puede hacer el pago de sus créditos ni recibir dinero prestado en nombre del incapacitado, si no media la aprobación judicial (artículos 571 y 575 del Código Civil). Finalmente, en el artículo 573 establece que el tutor está imposibilitado para otorgar en arrendamiento los bienes del pupilo por más de cinco años; sin embargo, cuando se trate de una causa de necesidad a utilidad en el mismo precepto de que se autorice judicialmente.

No cabe duda de que las funciones y la responsabilidad que asume el tutor, son o tratan de ser controladas y reguladas por la ley, la cual denota cierta desconfianza del Estado para quien se haya a cargo de dicha función, ya que se trata de una persona extraña, puesto que "la tutela es una patria potestad restringida; el tutor... tiene límites mayores por inspirar menor confianza, y esto, tanto por lo que se refiere al contenido personal como patrimonial..."⁽⁵²⁾ sin embargo, hay casos de excepción con relación a los parientes, que podría atribuirse en forma oportunista, actos de dominio sobre los bienes y en perjuicio del pupilo. Desde que para garantizar dicha protección, la ley determina actos de carácter prohibitivo hacia el tutor. Tal es el caso invocado por el artículo 159 del Código

(52) DE IBARROLA, Antonio. Op. cit., p. 444.

Civil diciendo que "el tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda (pupilo), a no ser que dispensa,...". Otro ejemplo es el contenido en el artículo 576, en el que se prohíbe hacer donaciones a nombre del incapacitado.

C. Cuentas de la Tutela.

Es también responsabilidad del autor rendir las cuentas de la tutela la cual, por ningún motivo podrá ser aludida (artículo 600 del Código Civil), y que además permite la intervención del Estado para verificar que no se haya actuado en perjuicio del protegido.

Tan es así que el artículo 604 del mismo ordenamiento precisa que "la garantía dada por el tutor no se cancelará sino cuando las cuentas hayan sido aprobadas".

Como toda administración, el tutor está obligado a llevar cuenta documentada de su función, y además es responsable cuando el menor llegando a la mayoría de edad, o el Juez en cualquier momento en el que se requiera, puesto que su realización es indispensable por ministerio de ley al final del ejercicio de la tutela.

Para la presentación de las cuentas de la tutela, el Código Civil prevé exclusivamente, tres momentos y de acuerdo con el orden que nos da el mismo ordenamiento son: en el mes de enero de cada año y para el caso de incumplimiento de la presenta-

ción se removerá el cargo de tutor (artículo 590 del Código Civil); otro caso contemplado en el artículo 591 en el que debe de presentarse la cuenta es por causa grave que calificará el Juez y que podrá ser aludida por el curador, el Consejo Local de Tutelas e incluso el menor de dieciseis años. También es factible cuando hay un reemplazo de tutor, en estas condiciones que deja el cargo tiene que rendir una cuenta general de su ejercicio administrativo.

Y para el caso de quien reemplaza no pida las cuentas, responderá, incluso, por los daños y perjuicios que hayan sido ocasionados por su antecesor (artículo 601 del Código Civil).

3. DEPENDENCIAS PUBLICAS TUTELARES.

El tutor constituye el órgano idóneo para hacer efectivo el desempeño de la tutela; sin embargo, la ley contempla otros organismos que cumplan la función de vigilancia de dicho desempeño para buscar el beneficio permanente del pupilo. Los organismos contemplados en nuestro Código Civil son: los jueces de lo familiar, los Consejos Tutelares y el Ministerio Público.

A. Los Jueces de lo Familiar.

El Juez de lo Familiar también tiene funciones de intervención para velar por el buen desempeño de la tutela, "...es la autoridad encargada en cada caso de diferir la tutela especial

de los menores para comparecer en juicio";⁽⁵³⁾ asimismo, es el que se encarga, como ya lo apuntamos, de nombrar al tutor dati vo cuando no hay tutor testamentario o alguna persona que ejerza el cargo de tutor. De conformidad con lo establecido en el artículo 634 del Código Civil, el Juez de lo Familiar tiene la obligación de dictar medidas indispensables para que el menor o quien carece de capacidad de ejercicio, no padezca perjuicio ni en su persona, ni bienes. De acuerdo con lo anterior es el Juez quien ejerce la tutela a través de otras personas que tie nen los atributos necesarios para ejercerla, sin que aquél asu ma alguna responsabilidad para con el menor.

Es importante señalar, con relación al Juez de lo Familiar, que en principio se vuelve tutor provisional cuando el pupilo no cuenta, en un momento dado, con alguna persona que le dé protección; también tiene la obligación de llevar a cabo, en forma expedita, las medidas necesarias y oficiosas para asignarle un tutor ya que, de lo contrario, podría incurrir en res ponsabilidad por daños y perjuicios en favor del menor. Pero, aquí cabe abrir un paréntesis y decir que, generalmente, no es posible atribuirles responsabilidades por negligencia a los funcionarios judiciales de ese rango.

B. Ministerio Público.

También el Ministerio Público tiene contemplado entre sus
(53) MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit., p. 389.

funciones esenciales la de fungir como representante en los procedimientos civiles para proteger tanto la persona como los bienes de los menores e incapacitados.

Precisamente, el Ministerio Público, "Es la institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo que posee como funciones esenciales las de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados y finalmente como consultor y asesor de los jueces y tribunales".⁽⁵⁴⁾ Este concepto viene a justificar la función del Ministerio Público, sobre todo en lo que respecta al procedimiento judicial para la defensa de intereses sociales como los de los menores de edad y mayores que carecen de capacidad de ejercicio. Cabe señalar que, efectivamente, el Ministerio Público es un órgano judicial, pero no un órgano jurisdiccional.

Sin embargo, no se le da la importancia suficiente a dicha intervención, por parte de las autoridades jurisdiccionales, ya que las promociones que lleve a cabo en realidad no cuentan con un fundamento jurídico, por lo que a veces se prescinde de su comparecencia; no obstante, no hay que olvidar su carácter de representante social con tareas específicas que le permiten actuar protegiendo los intereses de quien vaya a representar. Tan es así que "... el M.P. interviene en los procesos civiles

(54) FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Ministerio Público". En Diccionario Jurídico Mexicano. Op. cit., p. 2128.

en representación de... menores o incapacitados... y lo hace, ya sea como parte accesoria o subsidiaria o como simple asesor de los tribunales, a través de una opinión cuando existe interés público en el asunto correspondiente...". (55)

Por otro lado, también en los juicios sucesorios, tiene la tarea de representar al pupilo hasta que se asigne un tutor de finitivo o interino, pero al igual que en la intervención con respecto a la protección de los menores, se determina en forma deficiente su intervención procesal. Sin duda, "...en contradicción con la potestad de los jueces y magistrados, el funcionario que actúa como órgano de esta institución (Ministerio Público) no puede proceder de acuerdo con su criterio personal, sino que está sujeto a las directivas señaladas por el jefe de la misma y, por lo tanto, de conformidad con las instrucciones generales o especiales recibidas". (56) Precisamente, es el principio de indivisibilidad del Ministerio Público y que determina los límites del ejercicio de sus funciones.

C. Los Consejos Tutelares en México.

Con relación al Consejo Local de Tutelas, "... es un órgano de vigilancia y de información, coadyuvante de los Jueces de lo Familiar en lo relativo al correcto ejercicio de la tutela

(55) Ibidem, p. 2130.

(56) DE PINA, Rafael. "Ministerio Público", en Diccionario de Derecho. Décima primera ed. Porrúa. México, 1983. p. 355.

y en la vigilancia de los menores e incapacitados que deben ser sujetos a la misma".⁽⁵⁷⁾ Esto constituye una intervención que lleva a cabo el Estado para la protección de los menores, puesto que "el papel natural de la familia es proteger al niño; sucede que empero que padres indignos abusen de su autoridad o que por el contrario descuiden usar de ella. Debe el Estado resolverse a organizar la protección del niño fuera de su familia..."⁽⁵⁸⁾

Asimismo, sus funciones están reguladas en los artículos 631 y 632 del Código Civil, deduciéndose que resulta ser un instrumento de control del régimen legal del desempeño de la tutela.

El artículo 631 del precepto citado, determina que habrá un Consejo Local de Tutelas en cada Delegación Política del Distrito Federal y cada uno de ellos estará integrado por un presidente y dos vocales, que llevarán a cabo sus funciones en es casos doce meses, sin duda, un periodo corto para hacerlo con eficiencia; al respecto, el maestro Ibarrola estima que "... ese término es angustiosamente corto, y la revocación anual al personal lo incita a convertirse en un organismo burocrático o más en el que los funcionarios bien poco interés tendrán en la suerte de los menores a quienes van a auxiliar por lo que toca al cuidado de sus personas y de sus bienes... funcionarios nom

(57) MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit., p. 387.

(58) DE IBARROLA, Antonio. Op. cit., p. 379.

brados por plazos angustiosos jamás tomarán en serio sus funciones, y se contentarán con vegetar indolentemente en los puestos públicos".⁽⁵⁹⁾ Es por ello importante ampliar el plazo de dichos funcionarios para garantizar su buen desempeño en los Consejos.

Con relación a las obligaciones a cargo de los consejos, son las siguientes: Remitir a los jueces de lo familiar una lista de personas que, a su parecer, tienen facultades suficientes para que puedan desempeñar la tutela; vigilar que los tutores cumplan cabalmente sus funciones; dar aviso al Juez de lo Familiar cuando detecte alguna irregularidad en el desarrollo de la tutela; llevar a cabo investigaciones para determinar que incapacitados requieren tutelaje y comunicarlo al Juez; finalmente, tiene la función de vigilar que el registro de tutelas no presenten irregularidades.

"En la actualidad son dieciseis consejos existentes en el Distrito Federal, aglutinados en un cuerpo colegiado que depende de una oficina central a cargo de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, que a su vez, forma parte del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, organismo público descentralizado con personalidad y patrimonio propios, creado por decreto del Ejecutivo Federal el 10 de enero de 1977, más conocido como el D.I.F.".⁽⁶⁰⁾ Sin embargo,

(59) *Ibidem*, p. 505.

(60) LAGUNES PEREZ, Iván. "Consejo Local de Tutelas", en Diccionario Jurídico Mexicano. 2a. Ed. Porrúa, Tomo I. México 1987, p. 647.

se ha detectado que desde su origen, ha tenido nula actividad, incluso se considera que la representación que podrían ejercer en favor no sería muy confiable; no obstante consideramos que ofrece una alternativa importante para la protección del menor a través de la autoridad.

Por otro lado, están los Consejos Tutelares para Menores Infractores que "son los organismos que tienen como función promover la readaptación social de los menores de dieciocho años, cuando infrinjan las leyes penales, los reglamentos de policía y buen gobierno... que ameritan una actuación predominante preventiva".⁽⁶¹⁾ Es indudable que la función encomendada a estos organismos es para ayudar y rehabilitar al menor a que se reincorpore a la sociedad cuando éste ha cometido algún delito. Esto, a través del internado, la libertad vigilada, o bien, llevándolo a un lugar sustituto; todo esto con miras a la prevención de los delitos y la readaptación de los menores infractores. Por otro lado, también ha sido criticado por varios autores, el funcionamiento deficiente de los Consejos, debido al descuido en el que lo tiene el Departamento del Distrito Federal. No obstante, aún cuando los Consejos Tutelares para Menores no son estrictamente órganos jurisdiccionales, sino que llevan a cabo una función determinante en el control de la delincuencia juvenil que es muy frecuente en la sociedad actual; tan es así que estos Consejos han superado las funcio-

(61) Ibidem pag. 648.

nes que tenía encomendadas el Tribunal para Menores. (62)

El Consejo Tutelar, "... en el D.F. funciona en el pleno formado por dos consejeros integrantes de las Salas y un Presidente licenciado en Derecho, y en Salas formadas por un médico, un profesor especializado en infractores y su presidente, también licenciado en Derecho". (63) Asimismo, también se han creado Consejos Tutelares Auxiliares en cada una de las Delegaciones Políticas del Distrito Federal.

4. EXTINCION.

Señalamos que la tutela es la institución supletoria de la patria potestad, así como la institución que se encarga de proteger a los menores de edad y a los mayores de edad que no tienen capacidad de ejercicio; por tanto, cuando el pupilo entra a la patria potestad de quien lo ha reconocido como hijo, o quien lo haya adoptado; cesando el ejercicio de la tutela. Esto de acuerdo con lo establecido en la fracción II, del artículo 606 del Código Civil. Por otro lado, en virtud de que el pupilo mayor de edad recupere, en el caso de una enfermedad mental, u obtenga la capacidad de ejercicio, trae consigo la extinción de la tutela ya que se hace innecesaria de conformidad con la fracción I del mismo precepto.

(62) La Ley de los Consejos Tutelares fue promulgada el 26 de diciembre de 1973 y sustituye a la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales para Menores.

(63) FIX-ZANUDIO, Héctor. "Consejos Tutelares para Menores Infractores". En Diccionario Jurídico Mexicano. Porrúa, México. 1987. p. 647.

Desde luego que la muerte del pupilo también termina por completo con la función u objeto de la tutela y lo cual también está contemplado en la fracción I del multicitado artículo 606.

Con motivo de la extinción de la tutela, para el caso de que el pupilo entre en la patria potestad o haya sido adoptado, el tutor está obligado a entregar los bienes y dar cuenta de aquélla, a quienes ejercerán en la futura la función de protección y formación del menor. Y en el supuesto de que el pupilo haya superado su incapacidad de ejercicio, las cuentas se rendirán a este mismo (artículos 607 y 608 del Código Civil).

"...antes de la vigencia del Código actual se decía que también se extinguía la tutela por muerte del tutor; por su ausencia declarada en forma legal; por su remoción, o por excusa o por impedimento superveniente. Seguramente nuestro Código consideró que la muerte de un tutor o su ausencia no extinguen la tutela. El tutor fallecido es sustituido inmediatamente por otro conforme a la ley, lo mismo ocurre en caso de ausencia, de remoción o de excusa o impedimento supervenientes".⁽⁶⁴⁾

5. LA INSTITUCION DE LA CURATELA.

El curador: "figura genuinamente romana, se ha querido diferenciar del tutor en que éste define y protege la persona del

(64) Ibidem, p. 439.

menor y el curador sus bienes, lo que no siempre es exacto". (65)
 Es la persona por testamento, o bien por el Juez de lo Familiar, e incluso por el menor de dieciséis años o emancipado y, tiene por objeto vigilar la conducta del tutor, y defender los derechos del pupilo; cuando sea el caso. Del Código Civil se desprende que el curador podrá ser interno, para el caso de que existan situaciones o conductas opuestas a los intereses del pupilo (artículo 620 del Código Civil).

En cuanto a las funciones del curador, se desprende del párrafo anterior, que vigila y sustenta los derechos del pupilo ya sea representándolo en un juicio y cuando se afecten, en cualquier situación, sus intereses. Además tiene la atribución de notificar al Juez de lo Familiar de cualquier situación que afecte al pupilo, incluso cuando se le ha abandonado; todo esto, de conformidad con lo establecido en el artículo 626 del Código Civil. Sin embargo, aún cuando el curador puede incurrir en responsabilidad de los daños y perjuicios al pupilo por incumplir con sus obligaciones, su intervención para el buen funcionamiento de la tutela es muy limitada ya que no está en contacto constante y directo tanto con el pupilo, como con el tutor; tan es así que "... desde la desafortunada modificación que de su naturaleza hizo el Código de 1870 nunca ha sido vigilante eficaz y garantía de los intereses pupilares, ya que se convierte en un auxiliar y coadyuvante del vigilado con quien comparte solamente teóricas responsabilidades". (66)

(65) DE IBARROLA, Antonio. *Op. cit.*, p. 444.

(66) LAGUNES PEREZ, Iván. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*. "La disfuncionalidad de los organismos tutelares". UNAM. 1983.

Anteriormente, en derecho romano "... la curatela servía para remediar situaciones excepcionales como la prodigalidad, la locura, o la inexperiencia de algunos púberes menores de veinticinco años".⁽⁶⁷⁾ Actualmente, el curador ejerce su función, dejando a un lado la protección a los expósitos y a los menores que no estén sujetos a la patria potestad (artículo 618 del Código Civil), de tal suerte que sólo representa los intereses de carácter económico en el patrimonio del pupilo y no precisamente de su persona, limitándose en su labor de vigilancia. No cabe duda que la tutela tiende a proteger tanto a la persona, como los bienes del pupilo, por tanto la función del curador debe abarcar, incluso, la persona del pupilo para impedir que se le cause daños.

(67) FLORIS MARGADANT S. Guillermo, Op. cit., p. 220.

CAPITULO IV

ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LA IMPORTANCIA ACTUAL DE LA PATRIA POTESTAD

1. UN TERMINO AMBIGUO

Actualmente, en el derecho moderno, la denominación de patria potestad es, hasta cierto punto inadecuado, este concepto fue tomado del derecho romano, y es indudable que ha perdido su significado original.

Efectivamente, antes la "potestad paternal" pertenecía en forma exclusiva al "pater familias", y ejercía un poder absoluto sobre la persona y bienes del menor, además "el carácter principal de esta autoridad es que tiene menos por objeto la protección del hijo que el interés del jefe de la familia. De este principio derivan las consecuencias siguientes: a) No se modifican a medida de este desarrollo las facultades de los que están sometidos, ni por la edad ni por el matrimonio se les puede liberar; b) Sólo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre quien la ejerce; mientras le esté sometido, su autoridad se borra delante de la del abuelo paterno; c) Y, por último, la madre no puede tener nunca la potestad paternal".⁽⁶⁸⁾ Tan tenía un poder absoluto que podía, in-

(68) PETIT, Eugène. Derecho Romano, Op. cit., p. 101.

cluso, dar muerte al hijo y, desde luego, dejarlos abandonados en cualquier momento. Además el paterfamilias tenía el también exclusivo derecho de emancipar al hijo cediéndolo a un tercero, esto se debe generalmente por el propio interés económico del padre.

Indudablemente, la esencia de la institución de la potestad paternal o patria potestad tanto en sus elementos como en su definición, han cambiado, ya que ni es patria porque no es una función exclusiva del Padre, sino que también le corresponde de igual forma a la Madre. Por otro lado, tampoco puede considerarse actualmente una potestad, tomando esto en cuenta como un poder o dominio que se ejercía sobre el menor, sino como el ejercicio de una función para la protección y educación de los hijos.

En realidad estamos en presencia de una responsabilidad filial en beneficio de los menores, la cual, corre a cargo de los ascendientes, quienes ejercen la capacidad de conocer y aceptar las consecuencias de un hecho natural realizado libremente, desde luego que nos referimos a la procreación y al subsecuente reconocimiento de los hijos. Esto constituye una acepción más amplia de lo que implicaría tan solo los alcances de una obligación simple.

Es una responsabilidad que deriva de la filiación, ya sea natural o civil, y tiene lugar en el ejercicio de la función de proteger y darle una formación cívica adecuada al menor. Esta función debe estar siempre enfocada al beneficio de los hi-

jos y son los organismos tutelares y el Estado, quienes se encargan de la vigilancia del adecuado desempeño del multicitado ejercicio de la función de la responsabilidad filial.

Es indudable que se requiere un término ad hoc para hacer alusión a ese conjunto de derechos y obligaciones que corren a cargo de los ascendientes.

2. DEFICIENCIAS EN SU REGLAMENTACION.

A. Irrenunciabilidad,

Una de las características de la patria potestad es su irrenunciabilidad en su ejercicio, salvando las excepciones contempladas en el Código Civil, el cual permite que se excusen aquellos ascendientes que debido a ciertas circunstancias o situaciones determinadas no les permita atender adecuadamente su desempeño.

En el artículo 448 del Código Civil se encuentran contempladas dos excepciones al principio de irrenunciabilidad de la patria potestad; cuando el que deba de ejercer la función, tenga sesenta años de edad cumplidos es indudable que una persona de tal edad, generalmente no puede responder eficientemente a tal responsabilidad; sin embargo, no hay que descartar aquellos supuestos en la que los ascendientes pueden asumir gustosamente el cargo. La otra excepción se presenta cuando el ascendiente tiene mala salud habitual que, desde luego, no le

permite atender debidamente el desempeño de tan importante función. Cabe mencionar que para evitar el abandono arbitrario de los menores y el perjuicio inminente en sus derechos, deberá observarse lo establecido en el artículo 6° del ordenamiento en mención, el cual determina que al renunciar, en este caso excusarse, al desempeño de la patria potestad, se cuidará que no afecte al interés público y no perjudique los derechos de terceros. Se trata de una excusa parcial y condicionada. Parcial, porque aún cuando el o los ascendientes se encuentren en los supuestos contemplados en el artículo 448, pueden responder cuando las circunstancias así lo exijan, aunque éstas sean contadas, pero trascendentales para el beneficio del menor. Es decir, el enfermo habitual o el mayor de 60 años, tiene la capacidad suficiente para interceder a favor del menor, pero tomando en cuenta de que esta protección y vigilancia no son constantes.

Es condicionada, en virtud de que se cuida hasta lo posible de que no se afecten derechos de terceros.

Ahora bien, la patria potestad puede perderse e incluso sus penderse. De conformidad con el artículo 444 del multicitado Código Civil, se advierten las causas por las que se pierde el ejercicio de la patria potestad a cargo de los ascendientes y que son: cuando quien la ejercía es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho; para el caso de divorcio en donde la sentencia fijará la situación de los hijos en relación a su pérdida, suspensión o limitación, por las costumbres deprava-

das de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes; y por la exposición y abandono por más de seis meses de los hijos. Es razonable pensar en que los ascendientes pierden sus derechos con relación a la patria potestad, ya que de lo contrario, sería perjudicial para los menores, pero es importante que también quede plasmado en algún precepto, que de ningún modo podrán perderse las obligaciones que implica el desempeño de la misma.

3. LA IMPORTANCIA DE LA INTERVENCION DEL ESTADO PARA VIGILAR EL BUEN DESEMPEÑO DE SU FUNCION.

A. La protección de los menores trabajadores.

Se ha remarcado que el buen desempeño de la patria potestad es la base para que los menores tengan una protección eficiente y una formación cívica e intelectual, suficientes para afrontar cualquier tipo de situación. Para poder hacer efectiva dicha premisa, a partir del proyecto del Código Civil de 1928 se contemplaba con una corriente socialista, la intervención estatal para cuidar que se llevara, en forma cabal el ejercicio de la patria potestad, a través de sus órganos y de determinadas leyes y reglamentos que fundamentan aquella. Si bien es cierto que "únicamente cuando el Estado detiene al poderoso y protege al débil, ese organismo coactivo del derecho merece llamarse Estado", (69)

(69) CARPIZO, Jorge. La Constitución Mexicana de 1917. 6a. Ed. México. 1983, p. 161.

Un tema en verdad preocupante y controvertido es el de los menores trabajadores, y, como ya se ha señalado, los ascendientes en ocasiones se valen de los menores para llevar una vida a expensas de éstos explotándolos. Por otro lado, las actividades laborales que realizan los menores son con fines de subsistencia e incluso, llegan a ser el sostén de su familia.

Ya en 1802, en Inglaterra, se empezaba a legislar con relación a la protección de los menores trabajadores. Sin embargo "la escala protección legal al trabajo de los menores, distaba mucho de tener una adecuada aplicación; así se desprende de un informe presentado al Parlamento inglés en 1831, en el cual se afirmaba que niños de siete, ocho y nueve años de edad trabajaban jornadas de 15 a 16 hrs. interrumpiendo sólo para comer lo cual atacaba su salud y provocaba deformaciones físicas".⁽⁷⁰⁾

En México "el primer antecedente de protección al trabajo de los menores no aparece hasta 1856, en el artículo 33 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, expedido por Ignacio Comonfort",⁽⁷¹⁾ en el cual se protegía a los menores por prestar servicios personales si no se otorgaba, en primera instancia, con la intervención de sus padres y en una segunda, por la autoridad estatal. Es en 1917 cuando se le da un rango constitucional a la debida protección del menor y que se

(70) DAVALOS, José. "El trabajo de los menores y los jóvenes". En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. 1a. Ed., número 57, Sep-Dic. UNAM 1986, p. 873.

(71) Ibidem, p. 875 .

encuentran contempladas en las fracciones II, III y XI del Apartado A de nuestra Carta Magna, y en la cual se establece que quedaron prohibidas tanto las labores insalubres o peligrosas como el trabajo nocturno industrial y además todo, otro trabajo después de las diez de la noche de los menores de dieciséis años (fracción II). Asimismo determina que quedará prohibida la relación de trabajo de los menores de catorce años, y que los que se encuentren entre los catorce y dieciséis años tendrán como máximo una jornada de seis horas (fracción III). Finalmente prohíbe terminantemente que los menores de dieciséis años sean admitidos en trabajos que requieran de horas extraordinarias, (fracción XI) en este caso cuando se viole este precepto, las horas subsecuentes que labore el menor fuera de su jornada, se pagarán al triple. (72)

El precepto constitucional antes citado, para su mejor entendimiento y, sobre todo, cumplimiento cabal, se reglamenta a través de la Ley Federal del Trabajo, donde se regulan las relaciones laborales de los menores en los artículos 173 al 180; y en éstos se contienen los principios básicos para que la protección del trabajo de los menores sea realmente efectiva. Asimismo establece las sanciones a que se pueden hacer acreedores los patrones si infringen la ley (artículo 995 de la Ley Federal del Trabajo). Cabe señalar que este incumplimiento sale a

(72) El artículo 178 de la Ley Federal del Trabajo establece que las horas extraordinarias a los menores de dieciséis años, se pagarán con un 200% más del salario que corresponda a las horas de la jornada, y el salario de los días domingos y de descanso obligatorio.

relucir o se detecta a través de la inspección del trabajo que realicen sus miembros, es decir, a través de las actas que levantan los inspectores del trabajo, federales o locales. Sin embargo, no siempre sucede en la realidad y "la falta de recursos humanos y económicos suficientes, provoca que la inspección del trabajo se convierta en un mecanismo ineficaz, objeto de burla por parte de los patrones. Urge que la inspección del trabajo empiece a ser una realidad".⁽⁷³⁾

Debemos remarcar que hay menores que tienen que laborar para poder comer, y si el Estado interviene para que dejen de trabajar, simplemente no comen y, desde luego, el Estado no puede dotar al menor de lo necesario para subsistir y tener una educación, aún cuando ésta sería la mejor solución a la arbitrariedad con la que son contratados y explotados los menores. No obstante lo anterior, el Estado debe vigilar eficientemente que no desempeñen trabajos que pudieran poner en peligro su vida o salud.⁽⁷⁴⁾ Ahora bien, para el caso de que el Estado sorprenda a algún patrón contratando servicios de un menor infringiendo la ley, deberá aplicar rigor y tratar de obtener el mayor beneficio para el menor, lo que constituirá una solución para que el menor aún cuando continúe trabajando, se desarrolle física e intelectualmente.

(73) DAVALOS, José. Op. cit., p. 885.

(74) El artículo 176 de la Ley Federal del Trabajo establece que: las labores peligrosas o insalubres son las que por naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas o biológicas, son capaces de actuar sobre la vida, desarrollo y salud física y mental de los menores.

Cuando la ley determina que no es posible que se contrate a menores trabajadores, no quiere decir que sean incapaces, sino que, generalmente, los trabajos son rudos o requieren de un gran esfuerzo físico. Cabe destacar que, de conformidad con el artículo 691 de la Ley Federal del Trabajo, al menor se le considera lo suficientemente capaz para comparecer a juicio sin necesidad de autorización alguna, pero si no está asesorado, la Junta solicitará que intervenga la Procuraduría de la Defensa del Trabajo para que nombre algún representante.

Es indudable que tanto nuestra Constitución como la Ley Federal del Trabajo, tienen los lineamientos jurídicos suficientes para que el Estado intervenga y haga efectiva la protección de los menores que laboran; pero éstos deben aplicarse efectivamente en todos y cada uno de los casos que se presenten.

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

1. El concepto que se tenía en la época romana, donde imperaba el régimen patriarcal, difiere totalmente del concepto actual.

2. Las acciones de nulidad y de impugnación de la paternidad del reconocimiento deben ser analizadas por el juez con suma minuciosidad, para que en el caso de que se adviertan o detecten perjuicios en contra de la persona o bienes del menor, deberán tomarse medidas para no hacerlas efectivas y sentenciar a su favor.

3. En cuanto a la irrenunciabilidad de la patria potestad por parte de los ascendientes, debe hacerse efectiva, exceptuando los casos de excusa, para beneficio y, sobre todo, protección de los menores.

4. La patria potestad no debe confundirse con la custodia como lo hace el legislador; lo hace en los artículos 416 y 417 del Código Civil, los cuales deben de ser reformados, ya que de cumplirse tal disposición equivaldría a renunciar a su deber.

5. También con relación a la irrenunciabilidad, la ley debe ser expresa y señalar que para el caso de divorcio, el cónyuge que resulte culpable pierde la patria potestad, pero sólo en lo que respecta a los derechos con el hijo, pero nunca las obligaciones que derivan su ejercicio.

6. Es el Estado la mejor instancia, después de los ascendientes del menor, el que debe de integrarlos a la sociedad otorgándoles protección y seguridad social, ésto se logrará, en mayor medida, cuando los Consejos Locales de Tutela y los Consejos Tutelares para menores infractores, cumplan eficientemente sus funciones.

7. La institución de la adopción origina el ejercicio de la patria potestad y produce efectos jurídicos únicamente entre el adoptante y el adoptado, sin la posibilidad de que los efectos jurídicos trasciendan a los familiares del primero.

8. En la actualidad la función del ejercicio de la patria potestad, encierra para quienes se otorga ese ejercicio, un deber que de ningún modo atrae beneficios propios o la satisfacción de sus fines particulares, sino que cumpla una función social dirigida a la protección de los menores y de sus bienes lo que se traduce en una carga impuesta a los ascendientes.

9. Aún cuando una de las características del reconocimiento es su irrevocabilidad, existe una excepción al otorgarse la acción de nulidad al progenitor que reconoció siendo menor de edad y que incurrió en un error; sin embargo, también un mayor de edad puede incurrir en el error o incluso ser inducido, por tanto debe sujetarse al criterio contenido en el artículo 2228 del Código Civil.

10. Es indispensable que la inspección laboral con relación a los menores que trabajan, se convierta en una vía eficaz para detectar las condiciones irregulares que presten sus servicios y se sancione el patrón que incurra en responsabilidad.

11. De los recursos obtenidos de la sanción económica impuesta al patrón que emplee a menores de edad, deberán ser destinados a otorgar beneficios a estos últimos.

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

- AGUILAR Gutiérrez, Antonio. Bases para un anteproyecto de Código Civil uniforme para toda la República. (Parte general, derecho de la personalidad, derecho de familia). UNAM México. 1967.
- ARELLANO García, Carlos. Práctica Forense Civil y Familiar. Octava ed. Porrúa. México, 1989.
- BAUDRY-Lacantinerie, G. Droit Civil. Traité theorique et pratique de Droit Civil. Supplemente I. Librairie Joseph Gilbert. Paris. 1924.
- CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. 14a. ed. Porrúa. México. 1980
- COUTO, Ricardo. Derecho Civil Mexicano. Tomo II De las personas. La Vasconia. México. 1919.
- DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Segunda Edición, ed. Porrúa. México. 1981.
- DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Decimoprimer Ed. Porrúa. México. 1983.

- DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomos I y II. Decimoquinta ed. Porrúa. México. 1986.
- DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Tr. Ramón Serrano Suñer. Cuarta ed. Reus. Madrid. 1931.
- FLORES-GOMEZ González, Fernando. Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil. Cuarta ed. Porrúa. México. 1984.
- FLORIS Margadant, S. Guillermo. El Derecho Privado Romano. Duodécima ed. Esfinge. México. 1983.
- GALINDO Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Sexta ed. Porrúa. México. 1983.
- GONZALEZ, María del Refugio. Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 1981.
- MONTERO Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Porrúa. México. 1984.
- ORTIZ Urquidi, Raúl. Derecho Civil. Porrúa. México. 1977.

- PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil. Decimosegunda ed. Porrúa. México. 1986.
- Tratado de las Acciones Civiles. Quinta ed. Porrúa. México 1985.

- PETIT, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. (Tr. de D. José Ferrández González). Epoca. México. 1977.

- RAMIREZ Sánchez, Jacobo. Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil. UNAM. México. 1967.

- RAMIREZ Valenzuela, Alejandro. Derecho Civil. Editora Nacional. México. 1979.

P U B L I C A C I O N E S

- Diario Oficial de la Federación
31 de diciembre de 1974.

- Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XXXIII
julio - diciembre. Números 130 - 131 - 132. UNAM. México.
1983.

L E G I S L A C I O N

- Código Civil para el Distrito Federal, 56 ed. Porrúa. México. 1988.
- Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Ediciones Andrade S.A. México. 1978.
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ediciones Andrade S.A. 1978.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada. UNAM. México, 1985.
- Ley Federal del Trabajo. 1988.
- Código Federal de Procedimientos Penales. Ediciones Andrade. 1978.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL. Tomo 1, 5 y 6. Decimosegunda ed. Heliasta. Argentina, 1979.
- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Cuatro Tomos. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Segunda Ed. Porrúa, México, 1988.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomos I, II, X, XI, XII. Andrade Valderram, Ignacio y colab. Driskill. Argentina. 1978.
- ENCICLOPEDIA INTERNACIONAL DE LAS CIENCIAS SOCIALES. Tomos 6 y 7. Segunda Ed. Aguilas. España. 1979.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

J U R I S P R U D E N C I A

- Ascendientes, obligación alimentaria, de los

Apéndice 1917-1975, pág. 284

Apéndice 1917-1975, pág. 174

Informe 1981, N. 15, pág. 15

Amparo directo 3278/78. Jesús Almeda Vázquez (menor).

21 de junio de 1979.

Filiación. Reconocimiento de hijos naturales, extemporáneo
y sin la intervención del tutor.

Quinta Epoca:

Tomo CXIX, Pág. 357. A.D. 1482/53

Rodolfo Arias Mediano. 5 votos.

Sexta Epoca, Cuarta Parte.

Informe 1977, No. 111, pág. 112

Apéndice 1975, pág. 608.

Vol. IV, Pág. 167. A.D. 878/53. Juan Barreto Méndez. 5 votos

Filiación natural. Sistema Mexicano en el Derecho Compa-
rado (Investigación de la paternidad). Apéndice 1975,
pág. 629.

- Filiación natural, Sexta época Cuarta Parte: Vol. VII, pág. 208. A.D. 2848/56 Ignacio Flores A. Mayoría de 3 votos.
- hijos naturales, Filiación de Amparo Directo 2645/73. Silveria Mújica B. 10 enero 1975. 5 votos.
- Investigación de la paternidad o maternidad, Informe 1981 pág. 59. Apéndice 1975. Pág. 688.
- Juicio Contradictorio de Legitimidad de hijo. Amparo Directo 1619/77. Andrés Méndez M. 17 marzo 1978, 4 votos.
- Paternidad, es preciso promover juicio de contradicción de la, cuando el mando pretende desconocer a un hijo. Apéndice 1975, pág. 796.
- Patria Potestad, no debe ser condenado a perderla el cónyuge culpable, cuando la causal de divorcio toma su origen en el art. 268 del C.C. Quinta época. Suplemento de 1956, pág. 345. A.D. 299/50. Adolfo T. Garza 5 votos. Tomo CXXV, pág. 608 A.D. 2738/54 Bernal E. 5 votos.