

22
29'



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**



**ESTUDIO JURIDICO DE LA PATRIA POTESTAD Y
SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO MEXICANO**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

TESIS PROFESIONAL

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A**

ILDEFONSO ARREGUIN MEDINA



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.

I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS.	
1.1. DERECHO ROMANO.	3
1.2. LA ERA CRISTIANA.	13
1.3. DERECHO GERMANICO.	18
1.4. DERECHO AZTECA.	24
1.5. LA COLONIA.	31
1.6. CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884.	41
CAPITULO II. GENERALIDADES DE LA PATRIA POTESTAD.	
2.1. CONCEPTO.	57
2.2. NATURALEZA JURIDICA.	63
2.3. FUNDAMENTO DE LA PATRIA POTESTAD.	70
2.4. CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.	76
2.4.a. IRRENUNCIABILIDAD.	76
2.4.b. IMPRESCRIPTIBILIDAD.	83
2.4.c. INTRANSMISIBILIDAD.	88
2.5. MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA -- PATRIA POTESTAD.	93
2.6. FORMAS DE PERDER LA PATRIA POTESTAD.	106

	Pág.
CAPITULO III. ELEMENTOS PERSONALES DE LA PATRIA POTESTAD.	
3.1. SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS.	115
3.2. LAS RELACIONES JURIDICAS ENTRE EL SUJETO ACTIVO Y EL SUJETO PASIVO.	127
3.3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PADRES CON RESPECTO A LA PERSONA DEL MENOR.	135
3.4. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS HIJOS CON RESPECTO A LOS PADRES.	158
3.5. EL MINISTERIO PUBLICO COMO ELEMENTO PROTECTOR EN LA PATRIA POTESTAD.	162
CAPITULO IV. EFECTOS SOCIALES DE LA PATRIA POTESTAD.	
4.1. EFECTOS EN RELACION A LA PERSONA DEL MENOR.	171
4.1.a. LA GUARDA.	171
4.1.b. LA REPRESENTACION.	175
4.1.c. CORRECCION.	182
4.1.d. EL ABUSO.	186
4.2. EFECTOS EN RELACION A LOS BIENES DEL MENOR.	200
4.2.a. CLASIFICACION DE LOS BIENES.	200
4.2.b. EL USUFRUCTO DE LOS BIENES EN LA PATRIA POTESTAD.	204
4.2.c. LA ADMINISTRACION DE LOS BIENES POR PARTE DE LAS PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.	210

	Pág.
4.2.d. IMPEDIMENTO LEGAL PARA ENAJENAR BIENES DEL -- MENOR.	215
4.3. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS HIJOS EN EL CONCUBI <u>NATO.</u>	220
4.4. EFECTOS DEL DIVORCIO EN LA -- PATRIA POTESTAD.	225
CONCLUSIONES.	235
BIBLIOGRAFIA.	243

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

El abuso en la corrección del menor, es uno de los principales problemas que enfrenta la sociedad actual en materia familiar.

El número de hijos maltratados, lesionados, y hasta muertos, aumenta día con día sin encontrarse, aún, una solución viable.

El presente trabajo, "ESTUDIO JURIDICO DE LA PATRIA POTESTAD Y SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO MEXICANO", se ha realizado con el fin de que se delimite el derecho de corrección de los detentadores de la patria potestad, y la preocupación por descubrir bases sólidas en que se cimiente una solución a este mal.

Para poder llegar a tal resultado, hemos analizado a la patria potestad, desde sus orígenes en el Derecho Romano hasta fines del siglo XX, tratando de definir lo más claro posible el concepto de esta institución; su objetivo primordial, sus características, los sujetos que intervienen en ella, derechos y obligaciones de éstos, así como los órganos del Estado facultados para vigilar el exacto cumplimiento de esta figura jurídica.

Resulta de gran trascendencia el conocimiento de la patria potestad, ya que repercute ampliamente en el ámbito social.

Basándonos en el hecho de que la familia es el núcleo de la sociedad, debe mantener un equilibrio armónico entre sus integrantes. La patria potestad es una de las figuras jurídicas importantes, si no es que la más, de la familia.

Dicha institución, encargada de todo lo que atañe al menor de edad y al mayor incapacitado, incumbe a la sociedad debido a que, si existen trastornos dentro de la familia, también los habrá en la comunidad; tal es el caso, el cual será tema de nuestro estudio, de los niños maltratados por los padres al cometer, éstos, abusos en el derecho de corrección.

El hecho de conocer la cobertura de la patria potestad, ayudará a que en la familia exista una atmósfera de tranquilidad, de convivencia entre sus miembros, proporcionando armonía a la sociedad.

Esperamos que esta tesis, realizada con gran dedicación, resulte útil para todo aquel que la consulte, y favorezca en la búsqueda de la respuesta tan esperada al problema que aqueja a la sociedad.

C A P I T U L O I
A N T E C E D E N T E S H I S T O R I C O S

1.1. DERECHO ROMANO

La patria potestad, llamada en la antigua Roma "Patria Potestas" (poder del padre), estaba constituida por derechos y autoridad para el padre, y obligaciones y sujeción por parte del hijo.

Desde sus orígenes, esta institución se consideraba -- como un conjunto de derechos en favor de los ascendientes; en nuestros días se ha caracterizado por ser un deber, con respecto a los hijos, que está a cargo de los padres, o a falta de éstos, de los abuelos paternos o maternos.

En el Derecho Romano, el individuo que ostentaba el poder de la patria potestad era el paterfamilias, conservándolo hasta su muerte. Este gran poder sólo podía ser equiparable a la condición de monarca y de sacerdote, de ahí que se le -- debiera gran obediencia y veneración.

Debemos recordar que, en Roma, la Domus o familia era un Micro Estado, donde el paterfamilias era el Supremo Sacerdote y gobernante, inclusive tenía el Ius vitae necisque -- (Derecho a la vida y a la muerte) de aquellos que estaban bajo su potestad.

1.1. DERECHO ROMANO

La patria potestad, llamada en la antigua Roma "Patria Potestas" (poder del padre), estaba constituida por derechos y autoridad para el padre, y obligaciones y sujeción por parte del hijo.

Desde sus orígenes, esta institución se consideraba -- como un conjunto de derechos en favor de los ascendientes; en nuestros días se ha caracterizado por ser un deber, con respecto a los hijos, que está a cargo de los padres, o a falta de éstos, de los abuelos paternos o maternos.

En el Derecho Romano, el individuo que ostentaba el poder de la patria potestad era el paterfamilias, conservándolo hasta su muerte. Este gran poder sólo podía ser equiparable a la condición de monarca y de sacerdote, de ahí que se le -- debiera gran obediencia y veneración.

Debemos recordar que, en Roma, la Domus o familia era un Micro Estado, donde el paterfamilias era el Supremo Sacerdote y gobernante, inclusive tenía el Ius vitae necisque -- (Derecho a la vida y a la muerte) de aquellos que estaban bajo su potestad.

Fustel de Coulanges ha podido describir el papel sacerdotal de la persona del padre, sustentando: "El padre es el primero junto al hogar; él lo enciende y conserva; él es el pontífice. En todos los actos religiosos realiza la más alta función; deguella la víctima; su boca pronuncia la fórmula de la oración que ha de atraer sobre él y los suyos la protección de los dioses. Por él se perpetúan la familia y el culto; él solo representa toda la serie de los descendientes. En él reposa el culto doméstico; él casi puede decir como el indio: Yo soy el dios. Cuando la muerte llegue, será un ente divino al que sus descendientes invocarán."⁽¹⁾

El paterfamilias tenía absoluto poder sobre la familia, desempeñando todas las funciones de un verdadero gobernante dentro de su territorio.

Así mismo, el autor en cita comenta: "La palabra pater, en la lengua religiosa, se aplicaba a todos los dioses; en la lengua del derecho, a cualquier hombre que no dependía de otro y ejercía autoridad sobre una familia y sobre un dominio."⁽²⁾

La gran autoridad que tenía el paterfamilias, no quiere decir que la ejercía con rigor despótico, aún cuando la --

(1) Coulanges, Fustel de. La Ciudad Antigua. Edit. Porrúa, S.A. México. 3a. ed. 1980. pág. 39.

(2) Idem. pág. 62.

misma era rígida en sí. El Derecho Romano consideró a la - - institución de la patria potestad, en un principio, como un - poder ilimitado del padre con respecto al hijo, aunque muchas veces el poder tan absoluto traía consigo el cometer injusticias con los alieni iuris, siendo éstas las personas que se - encontraban bajo la autoridad del pater.

El hijo, ya entrando en nuestro tema, era tratado - - prácticamente como un objeto, sin tenerle la más mínima consideración a su persona. La autoridad paternal era dominante. El poder que tenía el pater sobre el menor, se podía comparar al que tenía el amo o patrón sobre el esclavo.

Dentro de ese gran poder estaban las facultades o derechos de venderlo o exponerlo, toda vez que la venta estuviera permitida (siendo ésto aceptado todavía por Justiniano), y -- siempre que se tratara de una evidente emergencia financiera. Más tarde, durante el Imperio se prohíbe la venta del hijo -- equiparándola como delito. El rigor excesivo de esta legislación se templó a la caída de la República.

El paterfamilias también podía abandonar al hijo y dejarlo a su suerte, incluso matarlo siempre y cuando existie-- ran motivos suficientes para hacerlo. Aquí se demuestra y -- confirma la rigidez de esa gran autoridad, al no precisarse - cuales eran "los motivos suficientes" por los que al hijo se

le privaba de la vida. Si no se justificaba la muerte del menor, el padre se hacía acreedor a sanciones por parte de las autoridades gentilicias o del Censor.

El derecho sobre la vida y la muerte que tenía el pater fue desapareciendo en varias etapas hasta que, en el año 227 D.C., cayó en desuso.

Todas estas facultades, y muchas más, no se extinguían por el solo transcurso del tiempo; tampoco porque el individuo sujeto a la patria potestad se casara, o envejeciera el paterfamilias.

El hijo, aunque tuviera descendientes o alcanzara un alto rango social propio, seguía bajo la potestad del padre mientras éste viviera; solamente emancipándose el hijo, casándose la hija cum manus o el hijo dado en adopción, se podía liberar de la autoridad del padre, siendo estas dos figuras jurídicas, las formas de extinguir la patria potestad.

Dentro de la familia, originalmente, su único integrante que era considerado "persona" verdadera, jurídicamente hablando, era el paterfamilias y, por consiguiente, el hijo no tenía ninguna esperanza de llegar a ser titular de derechos propios, no antes de que se emancipara.

Todo ese poder tan grande que ostentaba el paterfamilias fue sufriendo modificaciones al parejo de la evolución de la familia, al grado de que aquel poder extenso y egoísta, el cual era sólo en interés del padre, se convirtió en una función limitada que se ejercía en beneficio del hijo.

"El derecho de castigo y el que existía en relación a la vida y la muerte fueron considerablemente restringidos en el Imperio, ya que desde esta época la patria potestad había dejado de ser ilimitada y se redujo solamente a corregir levemente y, en caso necesario, auxiliarse del magistrado para imponer penas más grandes."⁽³⁾

Así, se fueron reconociendo los derechos de el hijo a la par que todas y cada una de las facultades del paterfamilias fueron limitándose, como por ejemplo: el derecho de exposición de los hijos fue suprimido desde los tiempos de los jurisconsultos clásicos y, durante el Imperio, el derecho de venta fue prohibido.

Con lo anterior, el menor logró alcanzar reciprocidad en su relación con el padre para que éste último tuviera, además de derechos, deberes para con el primero, convirtiéndose

(3) Albanese Cit. por Castán Vázquez, José Ma. La Patria Potestad. -- Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1960. pág. 23.

la patria potestad "en una función, en un officium".⁽⁴⁾.

El cristianismo tuvo influencia en la evolución de esta institución. No era posible relacionar la concepción cristiana con el antiguo carácter del poder paterno. Las ideas cristianas se fueron filtrando al Derecho Romano a tal grado que, en la época de Constantino, se atenuaron las facultades del padre y se mejoró la situación del hijo.

Con respecto a los bienes, todo lo que adquiría el hijo pasaba a formar parte del patrimonio del paterfamilias hasta que, poco a poco, fue desapareciendo esta práctica debido a la creciente frecuencia de la emancipación y a la mayor independencia de los menores con respecto a los peculios que les fueron confiados.

Patrimonialmente hablando, al hijo se le otorgó la admisión de los peculios, entendiéndose éstos como los bienes o el dinero que el padre daba al menor o a su esclavo, para que con su esfuerzo los incrementase, llamándolo peculio profecticio pudiendo, el padre, revertirlo en cualquier momento.

Existían tres clases más de peculios: el castrense, el cuasi-castrense y el adventicio.

(4) Castán Vázquez, José Ma. Op. cit. pág. 22.

El castrense consistía en el peculio devengado por actividad militar (emolumentos y botín que les entregaba el - - Cónsul), concedido por el emperador Augusto.

El cuasi-castrense lo instituyó Constantino en favor - de sus funcionarios civiles y religiosos, obtenido por el - - ejercicio de sus actividades.

El peculio adventicio estaba integrado por los bienes adquiridos por la sucesión de su madre o abuelos (bona adventicia).

En un principio, el usufructo del peculio castrense le tocaba al paterfamilias; después el emperador Constantino - - otorga otro importante derecho al hijo que consistía en que, no únicamente en caso de muerte del padre el citado peculio - fuera directamente entregado al hijo sin pasar a formar parte de la masa hereditaria, sino que el mismo menor podía disponer, inclusive, con base al testamento, de los bienes de que se tratara. Un siglo después, Adriano suprime el usufructo en - cuestión.

Ahora bien, con Justiniano sólo los bona adventicia -- quedaban sujetos a la administración del paterfamilias quien gozaba, respecto de los bienes, de una especie de usufructo; sin embargo, el otorgante podía disponer que la herencia otorga

da no fuera afectada por las facultades del padre, optando éste por renunciar a dichas facultades en beneficio del hijo, acercándose cada vez más el Derecho Romano a la actual legislación suprimiendo la incapacidad patrimonial de los alieni iuris. Además, el padre no se comprometía a garantizar el manejo del usufructo legal, a diferencia de un usufructo común y corriente.

En el Derecho Romano, la administración y el usufructo, por lo general, duraban toda la vida del padre; no como en nuestros días, en que termina cuando el hijo cumple 18 años.

Cuando el hijo cometía un delito, el padre era responsable de las consecuencias patrimoniales, a menos que optara por el "abandono noxal", que consistía en entregar al culpable para reparar el daño a base de trabajos. Esta figura se suprime con las reformas del último emperador romano, Justiniano.

Fue hasta el Imperio cuando la patria potestad, institución que en sus principios estaba formada sólo por derechos para el padre, se transformó en derechos y deberes mutuos entre padres e hijos.

Así el tratadista Eugéne Petit, en su obra intitulada "Tratado Elemental de Derecho Romano" señala: "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 lo anterior se puede desprender:

a) No se modifica a medida de este desarrollo las facultades de los que están sometidos, ni por la edad ni por el matrimonio se les puede libertar;

b) Sólo pertenece al jefe de la 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". (5)

De tal forma, podemos concluir que la patria potestad era una institución, no encaminada a la protección y bienestar del hijo, sino al servicio del paterfamilias. Es fácil deducir que la persona que ostentaba el título de paterfamilias, se encontraba en situación más cómoda que el que no lo tuviera, debido a que:

1.- Disponía del patrimonio perteneciente a los que -- bajo su potestad estaban;

(5) Petit, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. Trad. de D. José Ferrández González. Edit. Editora Nacional. -- México. 9a. ed. 1971. pág. 101.

2.- Decidía sobre la persona de cada uno de los menores integrantes de la familia que oscilaba, desde venderlos o abandonarlos por necesidad económica, hasta matarlos;

3.- Retenía tal facultad toda su vida;

4.- La emancipación del hijo, el matrimonio de la hija cum manus (contrario a lo que afirma Eugéne Petit, ya que al casarse la hija ésta pasaba a ser parte de la familia del esposo), y dar al hijo en adopción eran las únicas formas de librarse del poder del padre.

1.2. LA ERA CRISTIANA

Durante la era cristiana, la patria potestad estaba --
revestida de gran importancia con respecto al hijo varón, de-
bido a que era el sucesor del padre, jefe de la familia.

Así, el doctrinario Manuel F. Chávez Asencio manifies-
ta: "El cristianismo tuvo gran importancia en la transforma-
ción de la familia y del Derecho, infundiendo en ellos un al-
to sentido ético. Elevó el matrimonio a la dignidad de sacra-
mento; proclamó los principios de la igualdad, dignidad de --
los esposos y la indisolubilidad del vínculo; contribuyó a --
mitigar la antigua rudeza de la patria potestad". (6)

La transformación que logró el cristianismo en la fami-
lia se debe a que el hombre, por su misma naturaleza al bus-
car protección, necesita creer en algo, en alguien que esté -
en un plano más elevado que él; ésto lo lleva a concebir, de
distinta forma, todo lo que le rodea, ampliándo su concepto -
de las cosas y, por ende, a modificarlas.

La Virgen María, en su carácter humano, tenía a Cristo,
su hijo, bajo su potestad.

(6) Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Edit.
Porrúa, S.A. México. 1984. pág. 31.

"Como explica Alastruey, la Virgen no tuvo autoridad materna sobre Cristo considerado en su naturaleza divina, -- porque repugna absolutamente que Cristo, en cuanto subsistente a la naturaleza divina y como Supremo Señor de todas las cosas, pudiera estar sujeto al dominio o potestad de alguna criatura; pero si tuvo dominio materno o potestad sobre el hijo, atendida su naturaleza humana, constando la obediencia y sujeción de Cristo a su Madre."(7)

Como ejemplo a la cita anterior, transcribiremos a -- San Lucas II, 51 donde dice: "Y descendió con ellos, volvió a Nazaret, y estaba sujeto a ellos", de la Santa Biblia.

Junto a la autoridad de María se encontraba la de -- José, bajo la cual también se encontraba Cristo, siendo el -- segundo el jefe de la familia. Las dos autoridades, la de -- María y la de José, se ejercían en conjunto, con el fin -- de desarrollar y acrecentar los diversos aspectos de la vida terrenal de Jesús.

El principio de igualdad de los esposos para desempeñar la patria potestad, proviene desde la concepción cristiana del poder paternal.

(7) Castán Vázquez, José Ma. Op. cit. pág. 81.

Sin embargo, San Pablo V, 22, 23, 24 nos dice: "Las casadas están sujetas a sus propios maridos, como al Señor; porque el marido es cabeza de la mujer así como Cristo es cabeza de la iglesia, la cual es su cuerpo, y él es su Salvador. Así que, como la iglesia está sujeta a Cristo, así también las casadas lo estén a sus maridos en todo".

No obstante, el párrafo anterior no se puede interpretar en el sentido de que la mujer es inferior al hombre; es simplemente el resultado de que la mujer tenga a alguien que la proteja, además de un apoyo moral.

Así, Castán Vázquez al tenor señala: "... y es cierto también que algún texto pontificio parece implicar una proclamación de la patria potestad exclusiva del padre: "Robustecida la sociedad doméstica con el vínculo de la caridad afirma Pío XI en la Casti Connubii - , es necesario que en ella florezca lo que San Agustín llamaba jerarquía de amor, la cual abraza la primacía del varón sobre la mujer y los hijos como la diligente sumisión de la mujer y su rendida obediencia"."
(10)

Con la transcripción que antecede, inferimos es necesario que exista una persona la cual sea la cabeza de familia -

(10) Castán Vázquez, José Ma. Op. cit. pág. 82.

y la guía hacia su buena formación, desarrollo y desenvolvimiento dentro de la sociedad.

Con respecto a los hijos y el deber de obediencia, - - San Pablo manifiesta: "Hijos, obedeced en el Señor a vuestros padres, porque esto es justo. Honra a tu padre y a tu madre, que es primer mandamiento con promesa; para que te vaya bien, y seas de larga vida sobre la tierra".

Fundado en la cita anterior, la obediencia y el respeto que le deben los hijos a los padres es una de las bases de la patria potestad hoy en día, mandamiento y obligación incoercible encomendada al menor.

"El código canónico, en el canon 750 autoriza el bautismo del hijo de infieles "si consienten en ello los padres o los tutores o uno de ellos por lo menos"; y el canon 1034 - ordena que los hijos menores de edad no se casen sin consentimiento de sus padres o con la oposición razonada de ellos."⁽¹²⁾

El consentimiento de los padres para el matrimonio de sus hijos menores de edad era y es de gran importancia, atendiendo a la inexperiencia de los hijos en esas cuestiones y a la falta de capacidad jurídica en la actualidad.

(12) Castán Vázquez, José Ma. Op. cit. pág. 82.

Si bien es cierto que el cristianismo no concede a la madre propiamente un derecho paralelo al del padre para ejercer la patria potestad, también lo es el hecho de que la madre interviene en dicha institución, en conjunto con los derechos del padre, coordinándose las atribuciones de la primera con la sujeción al segundo.

1.3. DERECHO GERMANICO

Paralelo al Derecho Romano, el Germánico desarrolló la institución de la patria potestad casi con los mismos elementos que emplea el primero.

Tal afirmación se basa en el hecho de que, en el Derecho Germánico, el padre podía rechazar y hasta matar al hijo recién nacido, sin intervención de la Ley. Asimismo, tenía la facultad de venderlo, en el caso de que el padre se encontrase en dificultades económicas, no pudiendo hacer el legislador más allá de recomendarle cederlo como siervo a un señor, en vez de venderlo.

También, dentro de este derecho, a los padres se les permitía corregir a los menores, llegando al extremo de incurrir en lesiones. Afortunadamente esta prerrogativa fue pasando, poco a poco, a manos de la autoridad judicial, la cual se encargaba de aplicar esos correctivos en proporciones considerablemente menores.

El padre era el titular del derecho de exponer al hijo, de castigarlo a su manera, de venderlo o matarlo, el de disponer su matrimonio y representarlo procesalmente.

Dentro del Derecho Germánico, la patria potestad era llamada con el nombre de "Munt", que significa "un derecho y un deber de protección".

El hijo mantenía una personalidad propia y distinta a la del padre, reconocida y protegida por la Ley. Como lo señala el doctrinario Ernesto Lehr: "Al revés de lo que sucedía en Roma, en donde el padre absorbía la personalidad de los hijos, la misión principal del padre consistía en protegerles: la autoridad que tenía sobre ellos era tutelar más bien que un poder o derecho absoluto".⁽¹³⁾

Según el tratadista Planitz, "en el derecho antiguo los hijos ya tenían capacidad patrimonial. El hijo era propietario del patrimonio adquirido por herencia o por atribución hecha al mismo; pero el padre, como Señor del Munt sobre el hijo, tenía también la potestad sobre el patrimonio de éste, tomándolo en administración y aprovechamiento."⁽¹⁴⁾

Al igual que en el Derecho Romano, el cristianismo -- influyó en el Derecho Germánico para que evolucionaran las facultades del padre.

(13) Lehr, Ernesto. Tratado de Derecho Civil Germánico o Alemán. Trad. Domingo Alcalde Prieto. Edit. Librería de Leocadio López. Madrid, 1878. pág. 555.

(14) Planitz, Hans. Principios de Derecho Privado Germánico. Trad. de Carlos Melón. Edit. Bosch. Madrid, 1957. pág. 326.

Quedó suprimido el derecho a la exposición del hijo; el de disponer del matrimonio de la hijas se transformó en un simple consentimiento.

El derecho que tenía el padre de privar al hijo de todos sus bienes se fue recortando con infinidad de excepciones en el derecho justiniano, que terminó por convertirse en regla.

El debilitamiento de la dureza primitiva se debe, al igual que en Roma, a la implantación de los peculios. Peculio, ya explicado en el subtema anterior, viene de la palabra "pecus" (rebaño), que significa patrimonio, lo que tenía el hijo sujeto a su disposición.

"Se utilizaba la palabra pecus, o sea rebaño, ya que en éste último estaban cifradas sus riquezas, pero después este nombre quedó para significar "lo que el siervo tiene de su señor, o lo que el hijo tiene constituido bajo la patria potestad".⁽¹⁵⁾

Los peculios estaban constituidos por pequeños patrimonios, independientes del patrimonio del padre, que podía administrar el hijo.

(15) Nebrija, Elio Antonio de. Lexico de Derecho Civil. Edit. Latina y Castellana de C. Humberto Núñez. C.S.I.C. Madrid, 1944. pág. 387.

En el Derecho Germánico, los peculios se clasificaban de la misma forma que en Roma; de tal suerte eran, a saber:

- a) Peculio profecticio.- Se le denominaba así, al -- que era otorgado por el padre para que el hijo lo administrase;
- b) Peculio castrense.- El obtenido de la milicia o en ocasión de ella;
- c) Peculio cuasi-castrense.- Llamado así por estar -- formado por los bienes adquiridos al ejercer profesiones liberales; y,
- d) Peculio adventicio.- Constituido por los bienes -- adquiridos de la madre o cualquier persona distinta al padre, por industria o suerte.

El tratadista Micolier señala: "Se cree que causas económicas justificaron el pequeño patrimonio concedido al hijo por el padre para satisfacer sus necesidades o para el ejercicio de una profesión o comercio, que vino a constituir la primera figura reconocida con el nombre de peculio profecticio". (16)

Si bien es cierto que el hijo manejaba dicho peculio, no era el dueño de él; tenía la posesión pero no la propiedad.

(16) Cit. por Otero, Alfonso. La Patria Potestad en el Derecho Histórico Español. Edit. AHDE. Madrid. 1956. pág. 7.

Esta última la tenía el padre, a diferencia del peculio adventicio, del cual el hijo era el dueño, pero el que administraba y controlaba era el padre quien disfrutaba, además, el usufructo.

Por su parte, el doctrinario José Castán Tobeñas añade: "Sobre el castrense y cuasi-castrense encarnaban el verdadero principio de separación de patrimonios, pues pertenecían en absoluto al hijo que tenía, respecto de ellos, la consideración de paterfamilias". (17)

El peculio castrense nació, bajo el Imperio de Augusto, gracias a las necesidades político-militares, casi al igual que el peculio cuasi-castrense que fuera reconocido - cuando Constantino extendió el régimen del peculio castrense a todos los bienes otorgados al hijo en cargos de la Corte.

Constantino dispuso que la herencia materna debería corresponder en propiedad al hijo, y en administración y usufructo al padre, dando nacimiento al peculio adventicio.

Con respecto al matrimonio, al igual que en todas las civilizaciones patriarcales, se requería necesariamente el -

(17) Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. Edit. Reus. Madrid. 5a. ed. Tomo IV. 1941. pág. 45.

consentimiento del padre para que los hijos sujetos aún a la patria potestad pudieran contraer nupcias sin importar su -- edad, siendo ésto la consecuencia de la patria potestad, -- adoptada como poder absoluto.

En general, la patria potestad terminó por extinguirse al hacerse el hijo independiente, esto es, terminó por -- convertirse en solamente un poder temporal.

Como hemos visto, casi no existen diferencias esencia les entre la Patria potestas de Roma y la Munt del Derecho -- Germánico.

Podríamos señalar sólo dos:

- 1.- En el Derecho Germánico, al hijo se le procuraron cuidados prematuramente, en proporción al Derecho Romano; y,
- 2.- Al menor se le reconoció capacidad patrimonial; -- esto es, aptitud para hacerse acreedor a un patrimonio pro-- pio.

1.4. DERECHO AZTECA

Al igual que en la mayoría de las etapas de evolución de la patria potestad, el hombre era el jefe de la familia azteca con la diferencia de que, en derecho, se encontraba a la misma altura de circunstancias que la mujer; como ejemplo tenemos que la mujer educaba y castigaba a las hijas y el hombre a los hijos.

La educación era uno de los renglones más importantes y de gran preocupación entre los aztecas. Estos educaban a sus hijos hasta los quince años, señalándolo así el tratadista Lucio Mendieta y Núñez: "Los hijos de los nobles, de los ricos y los de la clase media vivían en la casa de sus padres hasta los quince años, recibiendo la educación del padre y de la madre respectivamente".⁽¹⁸⁾

Esta educación consistía en la preparación, del varón, en todo lo relacionado al cultivo, la caza, la pesca, aspectos religiosos y, en general, a las actividades propias del hombre. Con respecto a la mujer, se le enseñaba a cocinar, a coser, atender a su marido y a realizar trabajos manuales.

(18) Mendieta y Núñez, Lucio. El Derecho Precolonial. Edit. - Porrúa Hnos. y Cía. México. 1957. pág. 40.

Pasados los quince años, los padres los llevaban al -- Calmecac, que era un templo o monasterio, donde estaban al -- cuidado de los sacerdotes, o al Telpochcalli, según la promesa hecha el día de su bautismo.

Los mencionados lugares eran establecimientos educativos en los cuales tenían estancia durante cuatro o cinco años, tiempo que el padre se tomaba para arreglar el matrimonio.

De estos sitios, los hijos salían preparados para formar un hogar y prestar servicios a la vida pública. El Calmecac era un templo exclusivo para los hombres, por ende, la mujer no tiene acceso al mismo.

Con respecto a la mujer, por lo general se educaba con su madre para poder llegar preparada al matrimonio; no obstante, también existían lugares especiales para que las mujeres se instruyeran. Incluso había lugares de reclusión, similares a los conventos, los cuales estaban bajo la autoridad sacerdotal.

Fray Bernardino de Sahagún nos dice que la gente "baja" (refiriéndose a gente de poca moral o bajas costumbres), durante la época de la Nueva España, desde su punto de vista, - "regalaban" u ofrecían al hijo al poco tiempo de nacido, a la casa de los ídolos llamada Calmecac o Telpochcalli, con la --

intención de que los ministros de ese lugar los criaran para que, al término de su instrucción, se pusieran a disposición y al servicio del pueblo, así como para pelear y estar listos en caso de guerra.

Torquemada, por su parte, manifiesta: "Parece que la educación puramente familiar cesaba mucho antes de los quince años. Algunos padres ponían a sus hijos en el Calmecac tan pronto como podían andar, y en todo caso los niños entraban al colegio entre los 6 y los 9 años."⁽¹⁹⁾ Es muy probable que los llevaran al templo a tan temprana edad, con la finalidad de que salieran mejor preparados, teniendo más tiempo de instrucción.

Continúa diciendo Fray Bernardino de Sahagún: "En naciendo una criatura luego los padres y madres hacían voto y ofrecían la criatura a la casa de los ídolos que se llama Calmecac o Telpochcalli. Era la intención de los padres ofrecer la criatura al Calmecac para que fuese ministro de los ídolos, viniendo a edad perfecta. Y si ofrecían la criatura a la casa del Telpochcalli, era su intención que allí

(19) Cit. por Soustelle, Jacques. La Vida Cotidiana de los Aztecas. Edit. Fondo de Cultura Económica. México. 1977. pág. 172.

se criase con los otros mancebos para servicio del pueblo, y para las cosas de la guerra."(20)

Como hemos visto, el Calmecac se estableció para enseñar a los menores a desarrollar funciones religiosas; en el Telpochcalli, los instruían para prestar servicios al pueblo y estar listos en caso de guerra.

Ya fuere en un templo u otro, los hijos vivían en él - la mayor parte de su niñez. Desde muy chicos les enseñaban a ser responsables; acción drástica en su manera de llevarla a cabo, pero digno de admirarse.

El poder de la patria potestad parecía no tener límite cercano, ya que el padre podía vender al hijo como esclavo siempre y cuando, a causa de su pobreza, el mantenerlo le fuera imposible. Podía disponer del matrimonio del hijo, y si éste se casaba sin consentimiento del padre, la unión era considerada como ignominiosa.

En cuanto a los castigos de los hijos, la autoridad facultativa habilitaba al padre para que éste lo sancionara

(20) Sahagún, Fray Bernardino de. Historia General de las Cosas de la Nueva España. Edit. Porrúa, S.A. México. 1979. pág. 208.

hiriéndolo con espinas de maguey, lo obligaban a respirar -- humo del fuego donde ponían a quemar chiles rojos, les cortaban el pelo; y si, a consideración del padre, el hijo era -- incorregible, éste podía ser vendido como esclavo, previo -- permiso de las autoridades."⁽²¹⁾

La educación tan estricta y los castigos tan severos, eran una muestra de que a los aztecas les preocupaban mucho sus hijos. Los padres les llamaban nopolitze, nocuzque, no---quetzale, "mi hijo querido, mi joya, mi pluma preciosa".⁽²²⁾

El doctrinario Carlos H. Alba hace referencia⁽²³⁾ a -- la forma en que se reglamentaba la patria potestad en el Derecho Azteca, regulándose en los artículos 337 al 385, que -- al tenor señalaban:

"Art. 337.- Los padres no tendrán sobre sus hijos el derecho de la vida y la muerte, pero podrán aplicar castigos necesarios para corregirlos."⁽²⁴⁾

(21) Mendieta y Núñez, Lucio. Op. cit. pág. 40.

(22) Sahagún, Fray Bernardino de. Op. cit. pág. 118.

(23) Alba, Carlos H. Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano. Ediciones Especiales -- del Instituto Indigenista Interamericano. México. 1949. pág. 35.

(24) Kohler, J. El Derecho de los Aztecas. Edición de la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. Cía. Editora Latino Americana. México. 1924. pág. 37. citado en Alba, Carlos H. Op. cit. pág. 35.

Art. 379.- Podrán vender los padres a sus hijos cuando éstos sean incorregibles o cuando las dificultades económicas de la familia sean muy grandes, pero siempre con autorización de las autoridades.

Art. 381.- La patria potestad recaerá siempre sobre el padre.

Art. 383.- Todos los hijos de cualquier matrimonio, -- sea principal o secundario, serán considerados como legítimos.

Art. 384.- No obstante ser considerados todos los hijos como legítimos, sólo los de esposa principal podrán heredar los cargos y bienes de sus padres en caso de sucesión legítima.

Art. 385.- La educación se llevará a efecto ya en el seno de la familia misma, especialmente tratándose de las --- hijas, ya en colegios especiales, tratándose de varones, los cuales podrán quedar hasta los quince años."(25)

El matrimonio principal y secundario mencionados anteriormente, eran los dos tipos de uniones de las cuales podía disponer el varón azteca. Este tenía la prerrogativa de - -

(25) Kohler, J. Op. cit. págs. 37 a 51.

casarse dos veces sin requerir permiso especial para ello.

1.5. LA COLONIA

Debido a la infiltración española en América, en 1521, todo el sistema de vida cambió para los indios. Al evangelizar los colonizadores a los nativos de la Nueva España, surgió la necesidad de disponer de leyes que rigieran este territorio.

Esta necesidad respondía a la transformación ideológica que sufrió el indio y, por ende, el menester de gobernarlo en forma distinta a la que estaba acostumbrado.

Los Ordenamientos utilizados para tal fin fueron, primordialmente, el Fuero Juzgo, las Leyes de las Partidas, las Leyes de Toro y las Leyes de Indias. Cabe señalar que, en la época colonial, no se le conocía a la patria potestad con este nombre, sino que era denominada "El dominio de los padres".

Comencemos por hablar del Fuero Juzgo. Este fue creado por los reyes godos en el siglo VII, siendo el primer Código español.

Durante la vigencia del Fuero Juzgo, conocido en ese entonces con el nombre de "Celeare Liber Judicum", la patria potestad la ejercía: en primer lugar, el padre; si éste moría, su ejercicio quedaba en manos de la madre. Al llegar los menores a los quince años, la madre podía elegir entre seguir -

ejerciendo esta facultad o dejar que se emanciparan.

Si la madre decidía seguir con la patria potestad, -- debería seguir sola; esto es, no debería casarse nuevamente. Si lo hacía existiendo algún hijo que tuviera de veinte a -- treinta años, éste sería el sucesor al ejercicio de la cita -- da institución.

Si no hubiera hijos que contaran con dicha edad, en -- traría el tío o su hijo a ejercerla; si no existían tanto -- tios como hijos de éstos, una persona que fungía como juez -- estaba facultada para nombrar lo que hoy es un tutor.

Dentro de este ordenamiento, en la Ley VII, título III, libro VI, se sancionaba a la persona que abortaba so pena de ceguera o muerte. Esta ley derogó el derecho de matar a los hijos.

En la Ley I, título IV, libro IV, quedaba establecido que los padres estaban obligados a reconocer a los hijos que exponían, bajo pena de ser desterrados.

La Ley XIII, título IV, libro IV disponía, que nadie podía empeñar y mucho menos vender a los hijos engendrados, ya que estaba prohibida y era nula la venta o el empeño de -- un hijo, el que llegara a vender perdía todos los derechos -- sobre el hijo vendido, el que lo compraba era sancionado con

la pérdida de la cantidad que hubiere pagado.

En la Ley I, título III, libro IV, se reconoce la igualdad del poder de la madre con la del padre, con respecto al hijo, ya que establece que el poder que la madre tiene sobre el hijo no es menor que el que tiene el padre. Señala, aparte, que los hijos que no tengan padre ni madre, y hasta cumplir los quince años, serán considerados como huérfanos.

También se prohibía gastar los bienes del hijo, al cual le correspondía la décima parte de los frutos.

La Ley VIII, título II, libro III, determinó que "si el padre era muerto la madre podía casar a los hijos e hijas" (26)

El Fuero Juzgo hizo grandes aportaciones al Derecho mexicano al comenzar a regular la patria potestad en favor del menor y restarle autoridad al padre; así, tenemos que se penalizaba el aborto, obliga a los padres a reconocer a los hijos que exponían, prohíbe la venta de éstos, protege su patrimonio y le da a la madre la misma autoridad con la que cuenta el padre.

(26) Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Edit. Porrúa, S.A. México. Sa. ed. 1982. pág. 670.

Por su parte, la Ley de las Siete Partidas fue creada a mediados del siglo XIII por Alfonso X "El Sabio", imprimiendo un gran retraso, debido a que está constituida por la mayoría de las Leyes romanas, modificadas a la época por emperadores cristianos.

Era el título XVII, partida IV, el que se refería a la patria potestad, y la define como un poder y señorío que han tenido los padres sobre los hijos. En esta Ley, la cual denominaba a la institución en estudio como "officium virile", a la madre y a los parientes les quitó el ejercicio de este derecho, ya obtenido con la aplicación del Fuero Juzgo.

Este poder era de autoridad del padre ante la subordinación y respeto del hijo.

En el Ordenamiento en cita, se determinaba el límite de personas sobre las cuales se ejercería la patria potestad, y éstas eran solamente los hijos, los nietos y todos los que descendían por línea recta; además, solo se ejercía sobre los hijos legítimos. Los naturales y los incestuosos, para la Ley, no lo merecían debido a que se consideraban hijos nacidos de un pecado.

La Ley IX, título VIII, partida VII, facultaba al padre para castigar a sus hijos con mesura.

En estas disposiciones, al igual que en el derecho --- romano, se contemplaba la misma clasificación de los bienes - del hijo, así como los derechos y obligaciones que tenían tan to el padre como el hijo, con la diferencia de que este últi mo podía donar una parte de su peculio a su madre o a sus her manos, o a la o las personas que le enseñaran algún arte u -- oficio.

Las partidas señalaban las formas de perder la patria potestad, las cuales eran:

- I.- Por muerte del padre;
- II.- Por corromper a los hijos;
- III.- Por abandonarlos.

Esta Ley constituyó un retroceso en lo que a patria - potestad se refiere, si la comparamos con el Fuero Juzgo. Le quita esta facultad a la madre y deja a un lado a los menores que no son legítimos, basándose en la violación de un princi pio moral del cual los niños no tenían ni tienen la culpa.

Por lo que respecta a las Leyes de Toro, se considera ban independientes o emancipados a los hijos que, con apego - a las Leyes de la iglesia, contrajeran matrimonio.

Durante la colonia, por la ignorancia y a falta de un órgano regulador, los indios contraían matrimonio con más de una mujer, siendo éste un grave problema que los orillaría -- más a la desmoralización.

J.M. Ots Capdequi, al respecto, señala: "El Pontifice Pablo III trató de resolver este conflicto declarando que en estos casos debía considerarse como legítima a la mujer con la que primeramente se hubiera tenido acceso carnal, reservando al marido la facultad de elegir, para cuando aquello no pudiera precisarse; pero esta última salvedad del legislador fue portillo abierto a toda clase de abusos y de torcidas interpretaciones porque los indios, maliciosamente aleccionados, fingían siempre ignorar cual había sido su mujer primera, para de este modo poder elegir entre todas aquella que más le conviniese o le gustase". (27)

Este problema se resolvió, facultando a los indios -- más viejos de cada parroquia para que ellos decidieran cual sería la legítima y única mujer de cada indio.

Continúa diciendo: "Elegida así la que había de seguir siendo desde entonces única mujer del contrayente, se consagraba en ella el matrimonio, y a las demás se les dotaba convenientemente para que pudieran atender en adelante a sus necesidades propias y las de los hijos que quedaban en su poder". (28)

(27) Ots Capdequi, J.M. El Estado Español en las Indias. - - Edit. Fondo de Cultura Económica. México. 1ª. reimpre-
sión. 1986. pág. 79.

(28) Ibidem.

La anterior disposición respondía a la preocupación de los legisladores de aquella época por los niños, para que no quedaran desvalidos junto con sus madres.

El 29 de Septiembre de 1623, Felipe IV ordenó: "Que los indios no pueden vender sus hijas para contraer matrimonio". En la colonia, coartar la libertad para contraer matrimonio -- era considerado un atentado patente a los principios de la -- moral, además de ser una prohibición intolerable.

En las Reales Cédulas se regulaba el domicilio de los hijos, así como la obligación de los mismos de no abandonar la casa paterna. Siguiendo con Ots Capdequi, señala: "Respecto al domicilio de los hijos de los indios, se ordenó que los habidos por mujeres casadas se tengan y reputen por el marido y no se pueda admitir probanza en contrario, y como hijo de tal indio hayan de seguir el pueblo del padre, aunque se diga que son hijos de español, y los de indias solteras sigan el de la madre, añadiéndose en una Cédula dictada por Felipe III en -- 1628, que los indios no se dividan en sus padres". (29)

El domicilio de los hijos era otro renglón importante dentro de la colonia. Independientemente que haya sido protección, éstos deberían estar en lugar determinado ya que, en

(29) Idem. pág. 89.

esta época, se realizaban censos para averiguar el número de habitantes que vivían en cada región.

Otra Real Cédula del 10 de Octubre de 1618, disponía que las indias casadas se consideraban parte del marido; pero si enviudaban, regresaban a su pueblo de origen, llevándose con ellas a sus hijos.

No cabe duda de que las Leyes de Toro impulsaron a la patria potestad a un mayor desarrollo. Gracias a su forma de reglamentación, no existe detrimento de los derechos otorgados anteriormente al menor y si, en cambio, amplía su campo de protección.

En las Leyes de Indias se reguló la legitimación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, así como la defensa de la persona y los bienes de los huérfanos menores de edad. También corregía los abusos que se cometían, debido a la distancia que existía entre España y las Indias y su tardada sanción.

La Ley CXX, título XV, libro II de la Recopilación de Indias de 1680, con el fin de restablecer la jurisdicción competente para otorgar toda clase de legitimaciones a los hijos nacidos fuera del matrimonio, ante los excesos cometidos por los Virreyes, gobernadores y otras autoridades de las

Indias, ordenaba: "Que los Virreyes, audiencias y Gobernadores no puedan dar legitimaciones, y las que se pidiesen se remitan al Consejo". (30)

El Consejo al que se refiere la cita anterior era el Consejo de Indias, creador de la Recopilación de Indias.

Si se realizaba alguna legitimación, se consideraba -- como nula, declarando a los que la pidieron incapaces para -- pedirla en el futuro.

Durante las guerras, por mandato de la Ley XII, título II, libro VI, de la Recopilación de 1680, se prohibía que los españoles hicieran prisioneros a los menores de catorce años.

Con respecto a los bienes de los hijos, se prohibía -- dispensar o hacer habilitaciones de edad, por parte de los -- Virreyes, "a los menores de 18 o 20 años, por seguirse el perjuicio de que por la poca edad o ninguna experiencia gastan -- con facilidad sus legítimas y después se hayan perdidos", ya que "cuando se solicitaren semejantes gracias deberían remitir al Consejo las instancias con las correspondientes Informaciones para en su vista proveer a lo conveniente". (31)

(30) Idem. pág. 90.

(31) Idem. pág. 93.

Era raro que se concedieran habilitaciones de edad a los hijos, por razones de que era difícil que los menores con siguieran presentar argumentos suficientes y válidos para lo-
grar la habilitación.

Para finalizar este punto, citaremos al tratadista - - Ignacio Galindo Garfias, que manifiesta: "Debe observarse -- que siguiendo la tradición del Derecho Romano, la patria po-
testad en el Derecho Español antiguo, sólo se concebía en la familia legítima. Durante ese período, casi desaparece el -- concepto romano de patria potestad como derecho del pater y se transforma, a través del derecho consuetudinario, en un -- deber de protección hacia el hijo. Desde entonces, empezó a considerarse que la patria potestad tenía su fundamento, no - en el Derecho Positivo, sino en el derecho natural".⁽³²⁾

La patria potestad tuvo un impulso muy fuerte durante la época de la Colonia. Los pocos beneficios con los que con taba el menor se reafirmaron y obtuvo otros más, consolidándose poco a poco el verdadero sentido de esta institución.

(32) Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. pág. 670.

1.6. CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884

En el presente inciso se analizarán, conjuntamente, -- los Códigos Civiles de 1870 y 1884 con base a que, en esencia, son exactamente iguales y no requieren de estudio por separado.

Antes de entrar en este tema, no resulta ocioso comentar cuales son los orígenes de tales Ordenamientos.

El Código de 1870, al igual que el de 1884, tienen influencia romanística, así como resabios del Liberalismo francés. Estos dos Códigos tienen su base en las Leyes de Indias, de Toro, el Fuero Juzgo y demás que rigieron a la Nueva España.

Todas estas Leyes se cimentaron en el Derecho Romano; de tal suerte, e indirectamente, son antecedentes de los citados Códigos. Estos tienen detalles similares a los preceptos que regulaban la patria potestad en la antigua Roma.

Como ejemplo tenemos, y lo veremos más adelante, que el padre tiene la facultad de castigar mesuradamente al hijo; la clasificación de los bienes es muy semejante a la que hacía el Derecho Romano; el hijo es considerado como emancipado al obtener la administración de sus bienes, con las debidas restricciones y su correspondiente usufructo, entendiéndose a

éste como el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos.

Podríamos seguir enumerando más puntos de concordancia entre la regulación de la patria potestad en Roma, y la que se elaboró en los Códigos Civiles de 1870 y 1884; pero conforme avancemos en el análisis de estos dos Ordenamientos, nos daremos cuenta de la validéz y veracidad de tal afirmación.

La patria potestad tiene poco más de un siglo de encontrarse regulada por el Código Civil mexicano, elevado a esta categoría por su trascendental importancia, única y exclusivamente en favor del menor no emancipado.

La institución en estudio está reglamentada en ambos Códigos, en el Título Octavo que se refiere a la patria potestad; Capítulo I, que trata de los efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos; Capítulo II, de los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo; y, Capítulo III, de los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, todos los cuales comprenden, en el Código Civil de 1870, desde el artículo 389 hasta el 429, y en el de 1884 la comprenden del 363 al 402.

Las normas contenidas en los artículos antes mencionados, son de carácter esencialmente moral, como es el respeto

que los hijos le deben a los padres y ascendientes, siendo de la naturaleza que fuesen (legítimos, naturales legitimados o reconocidos), independientemente de su estado o condición; el que tengan que permanecer en el hogar de la persona que ejerce la patria potestad hasta que sean mayores de edad, se emancipen o contraigan matrimonio; el cuidado, vigilancia y corrección del menor, así como la administración de sus bienes, la representación legal y la gestión de negocios, aspecto - - que, en esa época, socialmente no aceptaban comportamiento en contrario.

En el artículo 389 del Código de 1870 y 363 del Código de 1884, como ejemplo de la naturaleza moral mencionada, se señala: "Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar a sus padres y demás ascendientes".

La definición de la patria potestad la dan los artículos 390 del Código de 1870 y el 364 de el Código de 1884: -- "Los hijos menores de edad, no emancipados, están bajo la patria potestad mientras existe alguno de los ascendientes a -- quienes corresponda aquello según la ley".

El artículo 391 del Código de 1870 y el 365 del Código de 1884 preceptuaban: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos".

Tanto en un Código como en otro, se omite si el hijo adoptivo está o no sujeto a la patria potestad debido, posiblemente, a que en esa época casi no se daba la adopción.

El error de pasar por alto dicha institución, constituyó un gran retraso en comparación con otras legislaciones, ya que hasta en las más antiguas estaba reglamentada, como el caso del Derecho Romano donde se regulaba ampliamente la adopción plena y la minus plena, entendiéndose como *adoptio minus plena* el que el padre adoptivo no siempre adquiría la patria potestad sobre el adoptado pero teniendo, este último, derechos sucesorios en relación al adoptante. La *adoptio plena* otorgaba la patria potestad al adoptante, naciendo derechos sucesorios mutuos.

Desde 1870 se estableció el orden bajo el cual se iría ejerciendo la patria potestad, según los ascendientes habilitados y a los existentes.

En primer lugar, y con matiz discriminatorio, se encuentra el padre, luego la madre; en tercero, cuarto, quinto y sexto lugares estaban el abuelo paterno, al abuelo materno, la abuela paterna y la abuela materna, respectivamente.

Se habla de discriminación, desde un punto de vista muy personal ya que, con respecto a los padres, tiene tanto -

derecho la madre como el padre sin importar, como aquí lo hacen notar, el sexo; lo mismo sucede con los abuelos maternos y paternos.

Cabe señalar, con respecto al artículo 393 del Código de 1870 y al 367 del Código de 1884, los cuales dicen: "Sólo por muerte, interdicción o ausencia del llamado preferentemente entrará al ejercicio de la patria potestad - el que le siga en el orden establecido en el artículo anterior", que deja una gran laguna al no precisar que pasaba -- con las personas condenadas a la pérdida de la patria potestad por tratar con excesiva severidad a los menores, por no educarlos convenientemente o porque les haya impuesto preceptos inmorales o los corrompa, y que en un momento dado pudiera recuperarla.

Sería más preciso si hubiera preceptuado: "Sólo por muerte, interdicción, ausencia o por impedimento legal del llamado preferentemente.....".

Hemos unido las críticas de discriminación y de los artículos 393 del Código de 1870 y del 367 del Código de 1884 porque, en todo caso, si es el padre el condenado a la pérdida de la patria potestad, y como no entra en los supuestos enumerados en los artículos citados, la madre no puede entrar a ejercer la patria potestad, ya que el padre no re-

nuncia, se encuentra ausente, está muerto o manifiesta estado de interdicción.

El que está facultado para ser titular de la patria -- potestad, tiene como derechos-deberes sobre los hijos el educarlo, vigilarlo, alimentarlo, corregirlo y administrar sus bienes.

Se habla de derechos-deberes debido a que el administrar y corregir, tomado en stricto sensu, se definirían como derechos; el educarlo, vigilarlo y alimentarlo serían deberes.

A lo anterior se le suma la obligación de rendir cuentas por lo que respecta a la administración de los bienes al momento de que, legalmente, adquieran pleno dominio de ellos. También se impone la obligación a los padres de proporcionar alimentos a los hijos, en la medida de sus posibilidades.

Hasta el momento se ha hablado de qué es la patria -- potestad, quién la ejerce, cuáles son los derechos y obligaciones, pero ¿Cómo es que nace ese lazo que une al ascendiente con el descendiente?, o de otra manera ¿Cómo se adquieren los derechos y obligaciones impuestos a los que ejercen la -- patria potestad?. El Código Civil de 1870 y el de 1884 no lo señalan expresamente, pero interpretando su articulado podemos encontrar los siguientes conductos:

1.- Por el nacimiento de hijos en el matrimonio. Al nacer los hijos dentro del matrimonio, no hay duda de quienes son los padres, siendo éstos los obligados, por razón natural, a alimentarlos, educarlos, cuidarlos, etcétera.

2.- Por legitimación. Las personas que legitiman a los menores, están aceptando voluntariamente las obligaciones que trae consigo tal acto.

3.- Por reconocimiento voluntario del hijo nacido fuera del matrimonio por uno o ambos padres. Los ascendientes, al reconocer al hijo como suyo, reconocen también las cargas que representa para con el primero.

4.- Por reconocimiento forzoso de un hijo, fundado en sentencia ejecutoriada. Es lo mismo que el punto anterior, pero este se hace por mandato judicial.

5.- Por adopción de un menor de edad, siendo éste el caso de personas que desean cuidar y tener obligaciones para con un menor.

6.- Por ser ascendiente de un menor facultado para ejercer la patria potestad, a falta de los padres en los primeros cuatro casos. Cuando no se encuentran los padres, o por imposibilidad física o legal de éstos, los abuelos pater-

nos o maternos actuarán como si ellos fueran los progenitores, creando el lazo que los une llamado patria potestad.

Las autoridades tienen el deber de prestar auxilio para el mejor desempeño de esta institución que los padres realizan; más aún, cuando las faltas cometidas por el menor son de suma gravedad, ya sea en contra de los ascendientes o de terceros.

A su vez, los padres tienen el derecho de exigir la intervención de la autoridad cuando éstos lo juzguen necesario.

El menor que se encontraba bajo la patria potestad no podía comparecer en juicio, ni celebrar contrato o contraer obligación alguna sin consentimiento expreso del ascendiente encargado de él.

Con respecto a los bienes del menor, en el Código de 1870 existían cinco clases y eran, a saber:

- 1.- Los que procedían de la donación del padre;
- 2.- Los que procedían de la donación de la madre o de los abuelos, aún cuando aquella o alguno de éstos se encuentre ejercitando la patria potestad;

3.- Los que procedían de donación de los parientes -- colaterales o de personas extrañas, aunque éstos y los de la segunda clase se hayan donado en consideración al padre;

4.- Bienes debidos al don de la fortuna;

5.- Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto, sea cual fuere.

En el Código de 1884 pasaron, de cinco, a seis clases de bienes, siendo éstos:

1.- Bienes que procedían de la donación del padre;

2.- Bienes que proceden de herencia o legado del padre;

3.- Bienes que proceden de donación, herencia o legado de la madre o de los abuelos, aún cuando aquella o alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad;

4.- Bienes que proceden de donación, herencia o legado de los parientes colaterales o de personas extrañas, aunque éstos y los de la tercera clase se hayan donado en consideración al padre;

5.- Bienes debidos al don de la fortuna; y,

6.- Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto, sea cual fuere.

En el Código Civil de 1870, en la primera clase de bienes, la propiedad era del hijo y la administración le correspondía al encargado de la patria potestad.

De la segunda a la cuarta clase, la propiedad y medio usufructo eran del hijo, y la administración y la otra mitad del usufructo eran para el padre.

Con respecto a la quinta clase de bienes, el menor tiene la propiedad, administración y usufructo por completo.

En el Código de 1884, en la primera clase es igual -- que en el de 1870; en la segunda, tercera, cuarta y quinta -- clases de bienes, la propiedad y medio usufructo son del -- hijo, y la otra mitad y la administración son del ascendiente, pudiendo éste ceder una cosa o la otra al menor, u otorgarle las dos. Los de la sexta clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

Tanto la representación legal como la administración de los bienes por parte del padre, tienen su base en la naturaleza de protección sobre el menor, debido a su incapacidad, inexperiencia o falta de aptitudes para poder manejar y disponer de los bienes de su pertenencia con la habilidad y pericia necesarias con las que lo haría una persona mayor; y -- quienes mejor que sus padres o abuelos, por unirlos lazos --

tan estrechos, son los más indicados para lograrlo.

Si el ascendiente cree capaz al menor de poder manejar sus bienes, y le otorga la administración de los mismos, con respecto de esa entrega se considerará emancipado, no estando autorizado a enajenar, gravar o hipotecar esos bienes sin autorización judicial, además de no poder comparecer en juicio sin el consentimiento del que ejerce la patria potestad.

Ahora bien, el padre no está facultado para enajenar los bienes del hijo, de los cuales tenía la administración exclusiva; dicha prohibición se encaminaba indiscutiblemente a proteger los bienes del menor contra abusos que pudiera cometer el padre, con la única excepción de que, cuando se hiciera, debería ser por causas de necesidad absoluta o evidente utilidad, siempre y cuando se realizara precedida de la autorización judicial correspondiente.

Es notorio que no se hacía, en ninguno de los dos Códigos, referencia a los bienes muebles del menor, omisión que ocasionó muchos problemas y que sólo hasta la redacción del Código Civil vigente corrigieron.

El padre, al terminar la administración, está obligado a rendir cuentas, entregando al menor los bienes y frutos generados.

En las legislaciones que nos ocupan se delimitan las formas de perderse, acabarse o suspenderse la patria potestad en el Capítulo III, el cual se titula "De los modos de acabar se o suspenderse la patria potestad", siendo que también enumera las causas de pérdida.

Termina el ejercicio de esta institución cuando así lo determinan las leyes, bien sea porque se realicen ciertos acontecimientos naturales, o bien porque provengan del padre, pero en todo caso lícitos y honestos.

Según el artículo 415 del Código de 1870, en igual redacción con el 388 del Código de 1884 "La patria potestad se acaba:

- 1.- Por muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- 2.- Por la emancipación; y,
- 3.- Por la mayor edad del hijo".

En el primer supuesto, si muere el único ascendiente que estaba facultado para ejercer la patria potestad, cesará ésta, designándole la autoridad un tutor para que lo cuide y lo represente.

La emancipación se consigue por matrimonio; aunque - -

éste termine por muerte, si el cónyuge sobreviviente es menor de edad, no caerá otra vez en la patria potestad. El hijo -- mayor de 18 años, pero menor de 21, se puede emancipar con el consentimiento del ascendiente a cargo de la patria potestad, siempre que el primero acepte ser emancipado y con autorización del juez que tenga conocimiento de causa; dicha autorización es irrevocable.

La mayoría de edad se alcanza al cumplir 21 años.

Se pierde el ejercicio de la patria potestad, cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la -- pérdida de este derecho y por consecuencia del divorcio de -- los padres o abuelos.

El Código Penal castigaba a quien ejercía la patria -- potestad con la pérdida de ésta, aparte de la sanción corporal, por exponer o abandonar al menor que se encontrare a su cargo, y esa pérdida era solamente con respecto al hijo que -- fue expuesto o abandonado, no así cuando era castigado por de -- litos de corrupción y violación; en este caso, perdía la pa -- tria potestad de todos los menores, y cuando era delito de -- lesiones sólo se le privaba del derecho de corrección.

Los tribunales podían privar de la patria potestad al que la ejerce, o modificar su ejercicio, si a los menores los

trataba con excesiva severidad, no los educaba o les imponía preceptos inmorales.

Así mismo, se le privaba del ejercicio de este derecho al cónyuge culpable, por cualquiera de las causales del divorcio. Si el cónyuge inocente moría, el culpable la recuperaba, siempre y cuando el divorcio se hubiere concedido por sevicia, amenazas o injurias graves; porque la causal de divorcio se fundara en la acusación falsa hecha por un cónyuge contra otro, y cuando el divorcio se obtuviera porque el cónyuge culpable hubiere violado las capitulaciones matrimoniales.

Otro caso de pérdida consistía en la desobediencia de la madre o abuela, al dejar de oír el dictamen de los consultores para los casos que el primero determine expresamente si, por testamento, las nombró.

También se perdía por la renuncia hecha por la madre y abuelos o abuelas, no pudiendo recuperarla; porque la madre o abuela viudas vivan en mancebía o dén a luz un hijo ilegítimo; cuando las mismas contraigan segundas nupcias, en cuyo caso se le nombraría tutor al menor que nunca sería el nuevo marido, pudiendola recuperar si enviudaban.

El padre no puede renunciar a la patria potestad; si bien es cierto que la Ley no dice que el padre no puede renun

ciar, tampoco lo incluye entre quienes sí pueden hacerlo.

La suspensión de la patria potestad operaba en el momento en que el ascendiente encargado de ésta, se veía privado de sus facultades mentales por locura, idiotismo o imbecilidad, o cuando era sordomudo sin saber leer ni escribir. Se le suspendía de tal ejercicio por considerarlo incapaz de educar, alimentar, vigilar y administrar los bienes del hijo.

La edad avanzada y la ancianidad traían consigo la suspensión de este derecho, debido a que se corría el riesgo de caer en las situaciones mencionadas con antelación (locura, idiotismo, etcétera).

Se le suspendía también de este ejercicio por estar ausente. Esta razón es indiscutible; si el executor de la patria potestad no se encontraba, le era imposible cumplir con las obligaciones impuestas por la Ley, poniendo en peligro tanto a la persona como los bienes del menor.

Otra causa para suspender la patria potestad consistía en la sentencia condenatoria que impusiera como pena tal suspensión. En aquella época, las Leyes penales no precisaban un caso concreto en el cual se determinara esa sanción; quedaba a juicio del juez la decisión respectiva.

Como se pudo observar, el Código Civil de 1884 es casi una réplica del de 1870. Esto puede tener explicación en el hecho de que, de 1870 a 1884, prácticamente no ocurrieron - - acontecimientos que trajeran consigo un cambio importante dentro de nuestro Ordenamiento civil.

De todo lo anterior podemos concluir que:

1.- Tanto el Código Civil de 1870, como el de 1884, -- tienen antecedentes romanos.

2.- Ambos Códigos son esencialmente iguales.

3.- La patria potestad se hubiera desarrollado más, si estas dos reglamentaciones civiles no tuvieran tanto apoyo - en las Leyes anteriores a ellos; debieron adaptarse más a su época, pudiendo lograr con ello suprimir el derecho de castigar al hijo; poner a la mujer en igualdad de condiciones con el hombre respecto de los hijos y demás modificaciones que, - en el Código Civil vigente, ya se encuentran plasmadas.

C A P I T U L O I I

GENERALIDADES DE LA PATRIA POTESTAD

2.1. CONCEPTO

Debido al transcurso del tiempo, y a la inevitable e irreversible evolución de forma de vida en cualquier sociedad, en este caso México, la expresión "Patria potestad" ha dejado de responder al contenido de la misma.

Como lo señala Castán Vázquez: "Tomándose en estricto sensu, se interpretaba como el poder (potestad) que ostentaba únicamente el padre (patria)". (33)

El problema radicaba en que, la mayoría de las veces, se tomaba en este sentido, debido a que la dirección de la familia se apoyaba en el padre y, por ende, el único que podía ejercer esta facultad.

El poder del padre era interpretado como fuerza, como superioridad ante los demás y no como figura representativa de la familia.

Comenta Rafael de Pina: "Más que un poder, es actualmente la patria potestad una verdadera función, pues en el transcurso de los tiempos ha evolucionado, perdiendo el carácter acusadamente autoritario que tuvo en el Derecho Romano y

(33) Castán Vázquez, José Ma. Op. cit., pág. 5

en el Germánico, hasta convertirse en una institución destinada a la defensa de la persona y los bienes del menor, a la que no es extraña la intervención del Estado". (34)

Es notable el cambio que ha sufrido el significado de la patria potestad; de vender o matar el menor en la época romana, a protegerlo y velar por sus intereses; de obtener derechos el padre, a cumplir sólo obligaciones para con el hijo.

Hoy, la patria potestad ya no se ve como una facultad atribuida sólo al padre, sino como deber-atribución, de cuyo ejercicio se encarga tanto la madre como el padre; incluso la madre sola a falta del padre.

Se ha intentado suprimir o modificar estas dos palabras (patria potestad) por otro tipo de expresión más exacto, sin resultado; tal es el caso del Código Napoleónico, el cual quiso darle un sentido más preciso y jurídico empleando la frase "De la autoridad de los padres y de las madres". (35)

En 1918, el Código Familiar Ruso se refería a derechos y obligaciones recíprocos de los padres y de los hijos.

(34) Pina, Rafael de. Elementos de Derecho Civil. Edit. Porrúa, S.A. México 1975 pág. 374.

(35) Granotier, citado en Castán Vázquez. Op. cit. pág. 5.

No existé, hasta hoy, frase más conveniente para hablar de esta institución; es la facultad que ejercen las personas - que tienen a su cargo el cuidado y protección de menores de - - edad.

Los derechos italiano y español conservan el mismo - - término, a lo que el doctrinario Ignacio Galindo Garfias nos - - dice: "El Código Civil italiano, organiza la patria potestad - - sobre la base de reconocer la autoridad paterna y materna en - - el seno de la familia; pero sometiendo el ejercicio de esta - - función a la vigilancia y control de las autoridades judicia- - les, particularmente de los jueces tutelares".⁽³⁶⁾

Veamos algunas definiciones doctrinales a fin de formar nos una idea generalizada de lo que en realidad podríamos lla- mar patria potestad.

Rafael de Pina conceptúa a la patria potestad como "el conjunto de facultades que suponen también deberes, conferi- - dos a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella; con el objeto de salvoguardarlas en la medida necesaria".⁽³⁷⁾

(36) Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. pág. 671.

(37) Pina, Rafael de. Op. cit. pág. 377.

Messineo afirma: "La patria potestad es un conjunto de poderes en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, educar, instruir al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar".(38)

Colin y Capitant definen la patria potestad "como el conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, en tanto que son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre ellos".(39)

Para Castán Vázquez, la patria potestad es "el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole".(40)

Podríamos seguir enumerando infinidad de definiciones sin que tenga mayor relevancia, ya que las antes mencionadas, en su conjunto, tienen todos los elementos necesarios, los --

(38) Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Trad. de Santiago Sentís. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Tomo III. 1954. págs. 136 y 137.

(39) Colin, Ambrosio y Capitant, H. Curso Elemental de Derecho Civil. Trad. española. Instituto Editorial Reus. Madrid. Tomo II. Volumen I. 1952. pág. 18.

(40) Castán Vázquez, José Ma. Op. cit. págs. 9 y 10.

cuales citaremos a continuación.

Los elementos importantes, en concreto, son tres:

- 1.- El primero de ellos consiste en brindar protección a la persona de cada uno de los hijos menores no emancipados;
- 2.- Protección análoga del patrimonio de éstos; y
- 3.- Educarlos.

A este respecto, no resulta ocioso analizar cada uno de los elementos mencionados, para valorar su importancia.

En primer lugar, el que se otorgue protección al hijo abarca varios puntos, como es el de darle un hogar digno y habitable de acuerdo, claro está, a las posibilidades del ascendiente; alimentarlo convenientemente según los ingresos que haya en la familia, o que perciba el que ejerce la patria potestad; y vestirlo adecuadamente.

El segundo bien a proteger es el patrimonio del hijo, el cual no solo comprende el no derrochar los bienes del menor, sino acrecentarlos en la medida y hasta donde fuese posible.

El último punto es la educación del menor, consistiendo ésta en el desarrollo de sus diferentes facetas (elemental, moral, religiosa, profesional, física, cívica, etcétera), que no deben ser ni superficiales ni escasas.

Estos elementos, desde un punto de vista personal, son la esencia, la finalidad de la patria potestad. Esta institución ha sido modificada de su concepción original (Derecho Romano), exclusivamente para beneficiar al menor y no para perjudicarlo; para protegerlo y no para dañarlo; para acrecentar su patrimonio y no disminuirlo; para instruirlo y no para dejar que se pierda en la obscuridad de la ignorancia.

Daremos, para concluir el presente punto, nuestra definición de patria potestad, basándonos en las definiciones citadas y en los elementos analizados.

La patria potestad es el conjunto de facultades-deberes, otorgados por la Ley, que ostentan los ascendientes sobre los menores no emancipados, consistentes en protección a su persona, a sus bienes y a su educación.

No existe otra forma de hablar de la patria potestad, sin usar esta expresión. A pesar de que en la era romana se llamó así, para definir la autoridad y poderío del pater, su significado ha evolucionado en favor del menor, sin que esto represente la necesidad de cambiarle de nombre, como se ha intentado en diversas épocas del advenir histórico.

2.2. NATURALEZA JURIDICA

Antes de comenzar con este tema, resulta conveniente realizar una aclaración para su mejor entendimiento.

Cuando se haga referencia al sujeto que ejerce la patria potestad lo llamaremos "padre", independientemente de que lo sea o se trate de un ascendiente; al menor que esta sujeto a ésta, le llamaremos "hijo", sin importar si lo es o se esté hablando de un descendiente.

La institución de la patria potestad está constituida por dos aspectos fundamentales: El primero corresponde a las relaciones que existen entre los padres y entre los que se encuentran sometidos a la patria potestad. El segundo aspecto es con respecto a las relaciones externas de los sujetos de la patria potestad, lo cual se convierte en derecho subjetivo de los padres.

La mayoría de los estudiosos de la patria potestad, afirman que esta institución es un conjunto de poderes con -- correspondientes deberes, Como ejemplo, citaremos de nuevo a Messineo, que en su definición de patria potestad, nos habla de poderes-deberes, además destaca: "... en cuanto se le consi

dera fuera de las relaciones familiares, o sea en las relaciones externas, la patria potestad es un derecho subjetivo." (41)

Con la calidad de derecho subjetivo, la patria potestad se considera de ejercicio obligatorio; esto es, los progenitores no tienen libertad para decidir si la ejercen o no; la facultad para renunciar a su ejercicio está fuera de su alcance.

Es interesante resaltar, que al decir "derecho", no se trata de un derecho correspondiente a un deber, sino como el derecho del padre mismo, a lo cual Cicu nos dice: "Es interesante observar que la doctrina se refiere aquí, siempre a un derecho; pero no al derecho correspondiente al deber, esto es, a un derecho del hijo; sino, por el contrario, el derecho del mismo progenitor. De lo que resulta, ante todo, que la doctrina reconoce en el progenitor aquella coincidencia de derecho y deber que hemos visto que es la característica de las relaciones de Derecho Público. Y hemos visto también que la misma se realiza por la preeminencia que en la relación tiene, frente a la voluntad, el momento de la finalidad; de manera que el imperativo jurídico, en lugar de plantearse en los términos "si quiere alcanzar este fin debe observar estas normas", se plantea en cambio, en estos otros términos: "debe alcanzar este --

(41) Messineo, Francesco, Op. cit. pág. 156.

fin observando estas normas". Es claro que aquí es originaria y fundamental la afirmación del deber; mientras que el derecho no es más que consecuencia, medio para cumplir el deber."⁽⁴²⁾

Con lo anterior, se concluye que la patria potestad es un medio necesario por el cual se cumplirá con una obligación o un deber de alimentar, educar, corregir, etcétera, a los menores que se encuentran bajo custodia de esta institución.

No sería posible cumplir estas obligaciones, sino se tiene la responsabilidad de hacerlo y, más aún, la necesidad y preocupación por el bienestar del menor.

El mismo doctrinario Cicu nos explica: "Ahora bien, que en la patria potestad la relación entre padre e hijo se apoya sobre el momento del deber, lo reconoce la doctrina cuando dice que el derecho de la patria potestad, se apoya sobre el deber ⁽⁴³⁾; que es el medio para cumplir un deber ⁽⁴⁴⁾; que el deber es aquí, la causa principal y el derecho no existe más que en gracia del deber ⁽⁴⁵⁾; que el poder está atribuido como

(42) Cicu, Antonio. El Derecho de Familia. Trad. de Santiago Sentís. Edit. EDIAR. Buenos Aires. 1947. pág. 128 y 129.

(43) Filomusi-Guelfi. Enciclopedia. pág. 417, citado en Cicu, Antonio. Op. cit. pág. 128.

(44) Albisson, en el Discurso al Cuerpo Legislativo (LOCRE,-- VIII). pág. 82, citado en Cicu, Op. cit. pág. 128.

(45) Windscheid, Pand. I, 39, citado en Cicu. Op. cit. pág. 128.

consecuencia de un deber jurídico preexistente (46), que es la idoneidad para observar las obligaciones, la que constituye el verdadero fundamento de la atribución de los derechos (47),(48)

Lo anterior se puede explicar más claramente diciendo - que, si no existe deber, tampoco habrá derecho. El derecho -- existe en la medida de un deber; pero no solo se necesita que exista, sino que se cumpla.

Volviendo a citar al maestro Cicu, transcribiremos su - punto de vista diciendo: "que la patria potestad ha de configu - rarse como un derecho-deber, es decir, una entidad compleja en la que predomina el deber; es un todo propio del Derecho Públi - co. y extraño al Derecho Privado. En la patria potestad, así - como acontece en las relaciones entre el Estado soberano y el ciudadano súbdito, la posibilidad de una relación jurídica en - tre padres e hijos, la proporciona el hecho de que la tutela del interés del segundo, elevado a interés superior de la fami - lia, se consigue por medio del contralor, ejercitado sobre -- quien desenvuelve el poder. La patria potestad, es sobre todo, un deber al que no corresponde un derecho del hijo, pues la -- garantía del cumplimiento del deber se obtiene confiando a per - sonas distintas del hijo, tales como los parientes y el Minis -

(46) Vanni. Lezioni. pág. 110, citado en Cicu. Op. cit. pág. 128.

(47) Endemann. Lenhrbuch. II, 2, pág. 8, citado por Cicu. Op. - cit. pág. 128.

(48) Cicu. Op. cit. pág. 128.

terio Público (Ministerio Pupilar), la tarea de vigilar y controlar la actuación del progenitor. La patria potestad, que frente al hijo se reduce a un simple poder, es también un derecho; pero lo es sólo frente a quienes lo ostentaran como derecho propio, tal como se verificaría, por ejemplo, cuando la madre niega al padre dicha potestad o cuando se discute si el padre la ha perdido o cuando se controvierte acerca de si él es padre legítimo. Ese derecho subsistente, no diversamente del dominio, erga omnes; es decir, no es un derecho respecto del hijo, sino respecto de todos los demás."⁽⁴⁹⁾

Basándonos en lo anterior se deduce, afirmamos y apoyamos que la patria potestad, es un deber o función que ostenta el padre para con el hijo, deber que, primordialmente, es de protección, vigilancia, educación, alimentación y administración de bienes.

La institución que nos ocupa es una función de interés familiar, una doble función, ya que, por un lado, es el interés de ser investido de la patria potestad y, por otro, el interés de ejercitarla o ser dispensado de este ejercicio, lo cual se eleva a derecho, el derecho a ser facultado para tal función.

(49) Idem. pág. 153.

Estas dos funciones encaran distinto fin. Por un lado, la voluntad de ejercer dicha facultad constituye una decisión muy importante. El ser titular de la patria potestad abarca -- un gran número de obligaciones que se resumen en un solo propósito: el bienestar del hijo.

La segunda, el deseo de ejercitarla o de excusarse, son las alternativas con las que cuentan los ascendientes. Dicha facultad, de optar por el ejercicio o por la excusa, es en base a la capacidad física y jurídica que tengan los padres, a juicio del juez, después de aportar las pruebas necesarias; más -- adelante ampliaremos el tema de la excusa.

Castán Vázquez también toma la patria potestad como función diciéndonos: "el principio, puede hoy afirmarse, que inspira la concepción de la patria potestad en las legislaciones actuales del sistema occidental. Así se descubre, aunque no lo proclamen expresamente, en los Códigos Civiles que regulan la patria potestad, como una función temporal protectora de deberes para el padre y limitan las facultades atribuidas a éste."⁽⁵⁰⁾

Siendo la patria potestad, la institución que se encarga de los hijos menores de edad, dejará de surtir sus efectos en el momento en que éstos cumplan su mayoría de edad, o se emancipen. Posteriormente trataremos estas figuras.

(50) Castán Vázquez, José Ma. Op. cit. pág. 36.

Contrario a lo que afirma Cicu, e independientemente de que la patria potestad esté encuadrada dentro del marco del Derecho Privado, debemos subrayar que permite, debido a su forma de reglamentación dentro del Derecho Mexicano, la intervención de órganos públicos para los casos, tanto de incumplimiento de los padres en las obligaciones que impone esta institución, llegando al caso de privarlos de su derecho, como en el caso - de que éstos se auxilien de dicho órgano (poder público), para el ejercicio de la patria potestad, en el supuesto de que los hijos desempeñan conducta negativa e incorregible, facultando a los padres con el poder de recluir a los primeros en instituciones para su rehabilitación.

2.3. FUNDAMENTO DE LA PATRIA POTESTAD

Existen dos tipos de fundamento o bases de esta figura jurídica. El primero, que es el fundamento sustancial, natural, es la paternidad y la maternidad. Recae sobre los padres la obligación de atender a los hijos, en todo lo referente a su persona y bienes.

Este fundamento está integrado por dos puntos:

1.- La autoridad de los padres sobre los hijos, tomándose el término "autoridad" en el sentido de vigilancia, protección y educación hacia estos últimos; y

2.- La incapacidad de los hijos para dirigirse ellos mismos, al igual que administrar sus bienes con habilidad en los primeros años de su vida.

Los dos puntos anteriores podrían tomarse como redundantes; sin embargo, los hemos citado por separado ya que, por un lado, está la incapacidad del menor y, por otro, las personas que lo van a guiar durante esa incapacidad.

La incapacidad legal, de acuerdo al artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal consiste en que un individuo sufra de locura, idiotismo o imbecilidad, aunque llegue a tener intervalos lúcidos; sea sordomudo que no sepa leer ni

escribir, y los que continuamente ingieran bebidas embriagantes o habitualmente hagan uso inmoderado de drogas enervantes.

En el caso de los hijos, la incapacidad se refiere a - que son menores de edad (18 años), o los hijos mayores afectados por los padecimientos anteriormente citados.

El maestro Cicu, al respecto, manifiesta: "En este campo, es en el que más se afirma frente al Estado la libertad -- familiar y es en ella, en la que más que en otra cosa se piensa, cuando esta libertad y el derecho relativo son considerados como privados. Y la mayor libertad de la familia, bajo un cierto aspecto se deriva de la mayor confianza que se puede poner en ella, en virtud del fuerte impulso natural para el cumplimiento de la función; por lo que precisamente en aquella -- libertad es más amplia la patria potestad, mientras en la tutela, la garantía se busca en una más compleja organización".⁽⁵¹⁾

Los padres gozan de la confianza que otorga el Estado - y la sociedad, para conducir a los menores durante su niñez. - Para ésto, emplean los derechos y obligaciones inherentes a su condición de ascendientes facultados para ello, estando en libertad de elegir lo más conveniente y provechoso para el desempeño de dicho ejercicio; lo que no ocurre en la tutela, la --

(51) Cicu, Antonio. Op. cit. pág. 192.

cual se integra de restricciones y condiciones. Más adelante explicaremos esta figura jurídica.

El segundo tipo de fundamento es el jurídico, el que está plasmado en las leyes.

En relación a este punto, tenemos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4, in fine al tenor señala: "Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas".

Es obligación de los padres, procurarles todo lo necesario a sus hijos.

Por su parte, el numeral 31 de dicho Ordenamiento Político, en su fracción I, preceptúa: "Son obligaciones de los mexicanos hacer que sus hijos o pupilos, menores de 15 años, concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria elemental y militar, durante el tiempo que marque la Ley de Instrucción Pública de cada Estado".

Con base a los artículos citados, se desglosa y reglamenta la institución de la patria potestad en nuestro Código Civil para el Distrito Federal, desde el artículo 411 hasta el

448, los cuales se localizan en el Título Octavo, dividido en tres capítulos.

El primer capítulo comprende los efectos de la patria potestad respecto de la persona del menor, el cual habla del respeto que debe el hijo a sus ascendientes; quienes ejercen la patria potestad y en que orden; la condición del hijo dentro y fuera del matrimonio; el que el hijo debe permanecer en la casa del que o de los que ejercen la patria potestad; la obligación de los padres de educar y corregir a los hijos y la prohibición a estos últimos de comparecer en juicio sin consentimiento de los padres.

Los artículos de este capítulo regulan aspectos generales de la institución en estudio.

El segundo se titula "De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo", el cual trata de la representación legal de los hijos y de la administración de sus bienes; clasificación de los mismos y su usufructo; de la prohibición para enajenar o gravar bienes por parte del administrador; extinción del derecho de usufructo; obligación de dar cuentas de la administración de los bienes; la intervención de los jueces para impedir la mala administración; designación de tutor, si el que ejerce la patria potestad tiene intereses opuestos a los de los hijos, para representarlos dentro y fue-

ra de juicio. Aquí se reglamenta todo lo relativo a los bienes y usufructo del menor, así como referente a su representación.

El tercero es "De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad". Cabe aclarar que, a pesar de que se reglamenta, en el título de este capítulo no se mencionan las formas de perder la patria potestad.

Este capítulo se refiere a las formas de extinción, suspensión y privación de la patria potestad; casos de excusa del ejercicio de ésta; la madre o la abuela que vuelvan a casarse - no pierden la patria potestad de los hijos del anterior matrimonio y que el nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior. Todo lo referente a las limitaciones en el ejercicio de la citada institución, está preceptuado en este capítulo.

Los artículos que reglamentan a la patria potestad, en general, van acorde con la concepción actual de esta institución; sin embargo, no está por demás marcar algunas observaciones.

El artículo 413 debería actualizarse en su última parte, ya que dice que el ejercicio de la patria potestad queda sujeto a las modalidades establecidas en la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal, Or-

denamiento que ya está derogado.

El numeral 420 también sería conveniente modificarlo. En su actual redacción se preceptúa: "Solamente por falta o -- impedimento de todos los llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores", pudiéndose entender mejor si dijera: "Solamente por falta o impedimento legal de todos - los llamados.....", si tomamos en cuenta que la palabra "impedimento" se puede concebir en sentido físico (ser ciego, cojo, manco, etcétera) o jurídico (padecer locura, idiotismo, imbecilidad o ser sordomudo, drogadicto o alcoholico; lo que llamamos estado de interdicción).

Derivados de este conjunto de artículos, son los derechos y las obligaciones que, tanto padre como hijo, ostentan - mientras existe el ejercicio de la patria potestad, tiempo durante el cual debe observarse su exacto desempeño, estrictamente apegado a la Ley y, sobre todo, dirigido hacia el cuidado y bienestar del hijo, único interés perseguido, objetivo de esta institución.

2.4. CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad, por no ser derecho propio de los -- que la ejercen, está revestida de 3 peculiaridades a saber:

- 1.- Irrenunciabilidad;
- 2.- Imprescriptibilidad; e,
- 3.- Intransmisibilidad.

Estas características nacen de la función propia de la patria potestad que es la protección de los hijos; de su mismo origen, siendo éste la filiación, sin apartarse de su naturaleza (cargo privado de interés público).

A continuación se analizarán cada una de las características, para su mejor entendimiento.

2.4.a. IRRENUNCIABILIDAD.

Este vocablo significa que un objeto, situación o derecho no están sujetos a renuncia.

La patria potestad es irrenunciable, porque es una función que contempla tanto un derecho como un deber naturales de protección implícita, dirigida íntegramente a la persona del menor y que sólo padres o abuelos ostentan; la renuncia al -- ejercicio de esta institución supondría el incumplimiento a --

dicha función.

La patria potestad constituye una de las bases de la familia, razón por la cual no se puede ampliar, reducir o menoscabar por la voluntad de los interesados en forma arbitraria.

Además, como es también interés del Estado, conexo con el de la familia, la irrenunciabilidad reviste un carácter de importancia social, impidiendo que las normas reguladoras de esta institución puedan ser objeto de pactos privados con el fin de modificar o extinguir sus facultades y efectos, así como el modo de ejercitarla; si al padre se le ha otorgado tal facultad debido, precisamente, por su calidad de padre, es imposible que renuncie, debe desempeñarla.

Si se pudiera renunciar a la facultad de ejercer la patria potestad se lesiona, en primer lugar, a la familia. Siendo el ente más interesado por el hijo, la familia tiene que velar por su protección y cuidado, tratando que dentro de esta organización siempre haya armonía y convivencia entre sus integrantes.

También afecta a la sociedad en general; ésta se preocupa desde el punto de vista de que exista menos drogadicción, bandalismo, cánceres que se forman a raíz de la falta de vigilancia por parte de los padres. Obvio es que, si el menor carece de padres para guiarlo, se inclinará por el primer

camino que encuentre, siendo éste el de la vagancia, malas --- compañías y vicios, todos ellos dañinos a la comunidad.

De la misma forma es perjudicado el Estado, al elevarse el índice de criminalidad y delincuencia por las razones anteriormente citadas.

Nuestro Código Civil, en su numeral 6 preceptúa: "La - voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la Ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de ter ce ro".

La renuncia de la patria potestad afecta, como ya lo -- mencionamos, los intereses de la familia, de la sociedad y del Estado.

Por su parte, Ricardo Couto manifiesta: "La patria - - potestad, como parte integrante que es del régimen familiar, - base de la sociedad, es esencialmente de orden público, por lo mismo es irrenunciable; esto es claro y evidente, se puede renunciar a aquello que nos pertenece, aquello que está exclusivamente establecido a nuestro favor; pero la patria potestad - no está establecida en favor de los padres, sino en el de los hijos; no es un derecho el que el poder paterno proporciona a

los padres, sino un conjunto de deberes, y de los más sagrados que existen; ahora bien, no se concibe que nadie pueda renunciar al cumplimiento de aquello a que está obligado; es irrisorio pensar en la renuncia eficaz de un deber". (52)

Concordando con la cita anterior, consideramos que es ilógico y a la vez injusto, renunciar a algo que no nos pertenece. No existe justificación válida para renunciar a la patria potestad; los padres deben ver por los menores, ya que no hay individuos más preparados que los padres para atender a sus hijos, en razón del parentesco.

La patria potestad no es renunciable, pero si es excusable. En el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal se regulan dos formas por las cuales se pueda no ejercer dicha facultad.

La primera de ellas es cuando, el que la ejerce, tenga 60 años cumplidos.

Lo anterior se debe a que, a esta edad, a una persona se le considera inadecuada para ver por un menor. A los 60 años, un individuo ya se encuentra cansado física y mentalmente como para responder por los hijos; tendrá mucha experiencia, pero ya no cuenta con la misma energía de antes para transmitirla hábilmente a los descendientes.

(52) Couto, Ricardo. Derecho Civil Mexicano. Edit. Porrúa, S.A. México. Tomo II. 1919. págs. 332 y 333.

La segunda es cuando, por su mal estado habitual de salud, no pueda atender debidamente a su desempeño.

Sin embargo, el tratadista español Puig Peña señala que "la patria potestad está constituida por un deber u obligación que no puede ser objeto de excusa, ya que está dirigida a los padres en base a los supremos principios de la moral y razón social del Estado, además de ser ellos los sujetos a quienes corresponde en razón del parentesco, y porque el cuidado del menor no implica sólo un derecho, sino también un deber de los padres". (53)

Al respecto es de señalarse, que si los padres ya no se sienten aptos para desempeñar adecuadamente la patria potestad, o que en realidad no se encuentran bien de salud, sería intolerable e inaceptable que se les obligue, en estas condiciones, a ejercer tal facultad, corriendo el riesgo de que se maleduque al hijo y no se le dé el cuidado requerido.

Haciendo referencia al párrafo anterior, es menester señalar que el numeral 397, fr. I del Código Civil para el Distrito Federal, que se refiere al consentimiento para adoptar a un menor, se presta a interpretarlo como renuncia expresa de la patria potestad por parte de los que la ejercen, al consentir que lo - -

(53) Puig Peña, Federico. Tratado de Derecho Civil Español. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. Tomo II. Volumen II. -- pág. 146.

adopten; ésta es una confusión grave, la cual el legislador -- debe corregir.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Jurisprudencia Firme, se refiere a la irrenunciabilidad añadiendo: "... se debe entender que la hacía también en el ejercicio -- del derecho de la patria potestad que ejercía sobre el menor, mismo derecho el cual es irrenunciable porque encuentra su -- fundamento en dos ideas cardinales: la primera es que la pa--- tria potestad no constituye un genuino y propio derecho subje- tivo o poder jurídico que se atribuye al titular para la conse- cución o logro de su interés, sino que, por el contrario, cons- tituye una función jurídica o potestad. Frente a los derechos subjetivos, las potestades son poderes jurídicos que se atribu- yen a una persona, no para que ésta realice a través de ellos sus propios intereses, sino el interés de otra u otras personas. Confluyen por ello, en la idea de potestad junto el elemento - de poder jurídico, un elemento de deber o de obligatoriedad en el ejercicio. La regla del artículo 60. del citado Código Ci- vil (renunciabilidad de los derechos privados) es plenamente - aplicable a los derechos subjetivos pero, en cambio, no lo es a aquellas situaciones de poder jurídico que deben ser incluí- das dentro del marco técnico de las potestades.

El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la pa- tria potestad se encuentra en el hecho de que renunciarse a -- esa potestad, ello se haría indudablemente contra el orden pú-

blico, y en perjuicio del tercero, entendido el orden público como el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas. Desde este punto de vista no cabe duda de que constituye un principio general de nuestro Derecho el del carácter tutelar de la patria potestad". (54)

Amparo directo 4434/73. Luis Correa Rosales, 15 de Noviembre de 1974. Unanimidad de 4 votos. Informe 1074.-- Tercera Sala. pág. 50.

De todo lo anterior, consideramos que la irrenunciabilidad es un derecho y una protección más atribuido al menor.

La patria potestad es una figura instituida en favor de los hijos con cargo a los ascendientes; por ende, estos últimos no pueden evadirla a voluntad.

Esta institución confiere, a los padres, los derechos y deberes inherentes a su calidad de ejecutores de la primera, - estando privados del derecho a rechazarlos.

(54) Castro Zavaleta, Salvador. 55 Años de Jurisprudencia. - - Apéndice 1974. Edit. Cardenas, Editor y Distribuidor. - - México. 1a. ed. 1975. págs. 536 y 537.

2.4.b. IMPRESCRIPTIBILIDAD.

Para comprender esta característica, definiremos primero lo que es prescripción, la cual tiene su origen en la praescriptio romana.

Las prescripciones consistían en partes escritas a la cabeza de la fórmula; ésta era, citando al doctrinario Eugéne Petit, "una instrucción escrita, redactada por el Magistrado en términos sancionados "per concepta verba", y por la cual, después de haber indicado al juez la cuestión a resolver, le concede el poder de condenar o absolver al demandado" (55), lo que en nuestros días es una demanda. Las prescripciones tenían como fin, por regla general, limitar y precisar la demanda.

Unas prescripciones se añadían a la fórmula en favor -- del demandante, y otras en interés del demandado (ex parte actoris y ex parte rei).

La praescriptio era de tres tipos a saber:

- 1.- La arriba citada, praescriptio temporis;
- 2.- La praescriptio longi temporis; y,
- 3.- Praescriptio longissimi temporis.

(55) Petit, Eugéne. Op. cit. pág. 631.

La praescriptio longi temporis permitía a los poseedores de los fondos provinciales, que estaban excluidos de la usucapio, contrarrestar las acciones que el dueño comenzaba contra ellos siempre y cuando tuvieran buena fe y justo título, en un tiempo de 10 años si era entre presentes o 20 años si fuere entre ausentes. La usucapio consistía en la adquisición de la propiedad por una posesión suficientemente prolongada reuniendo dos condiciones: el justo título y la buena fe.

Este tipo de prescripción no era una forma de adquirir el dominio a diferencia de la usucapio; Justiniano denominaba prescripción a los casos de bienes inmuebles, y a los de bienes muebles les llamaba usucapición.

La praescriptio longissimi temporis operaba a los 30 o 40 años; por medio de esta prescripción, el poseedor de una cosa fuera del comercio o robada (inmueble), o carente de justo título podía repeler las acciones reivindicatorias (derecho de propiedad); en pero, no tenía acciones reales contra terceros.

Actualmente la prescripción se define, según el numeral 1135 de nuestro Ordenamiento civil, como "un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo, y bajo las condiciones establecidas por la Ley".

La prescripción tiene dos variantes: prescripción positiva y prescripción negativa o extintiva.

La primera consiste en adquirir bienes en virtud de la posesión. La prescripción negativa o extintiva se refiere a la liberación de obligaciones por no haberse exigido su cumplimiento.

Esta figura reviste gran importancia, no solo dentro del Derecho Civil, sino en todas las ramas del Derecho.

La prescripción es un término con dos acepciones, si se toma en cuenta que, tanto beneficia a un campesino al trabajar una tierra que el dueño no aprovecha, como a un delincuente al prescribir la acción penal.

Con respecto a la imprescriptibilidad, ésta por el contrario, es la característica que tiene un derecho de no poder prescribir.

Ahora bien, por ser derecho familiar, la patria potestad es imprescriptible. En relación a ésto, Messineo afirma: "Algunos derechos familiares están sujetos a decadencia, pero ninguno es prescriptible".⁽⁵⁶⁾

La patria potestad no prescribe, con base a que esta institución está fuera del comercio, por no ser derecho real.

⁽⁵⁶⁾ Messineo, Francesco. Op. cit. pág. 31.

Para que pudiera prescribir, en forma extintiva, según la doctrina, se requeriría la existencia de un derecho ejercitable, la falta de ejercicio por parte del titular y transcurso del tiempo, determinado en la Ley. Como se puede observar, y de acuerdo con la Ley, dichos supuestos no existen con respecto a la patria potestad.

Para empezar, tal derecho ejercitable no existe, lo que hay es un deber, por parte de los padres.

La falta de ejercicio por parte del titular si llega a existir, pero en vez de prescripción, operan sanciones en contra de los ascendientes.

Por lo que respecta al transcurso del tiempo, la Ley no lo marca. La patria potestad no es un ejercicio que prescriba en determinado tiempo, como por ejemplo 5, 10 o 20 años.

La patria potestad existe hasta que el menor se emancipe, se case o mueran, él o los ascendientes.

Concluimos que, debido a la imprescriptibilidad, la patria potestad se encuentra protegida por el lado del tiempo; evitando así, que los padres se desliguen de su deber.

La patria potestad no prescribe, porque la prescripción extintiva, que sería la aplicable en este caso, sólo opera en los derechos reales y en los personales.

No se podría concebir que una figura de carácter público, estuviera sujeta a prescripción. De suceder esto, los menores e incapaces correrían el peligro de caer en desamparo, hasta que alguien viera por ellos.

No resulta ocioso repetir los elementos para que llegara a darse la prescripción en la patria potestad. Estos son:

- 1.- La existencia de un derecho ejercitable;
- 2.- Falta de ejercicio por parte de su titular;
- 3.- Transcurso del tiempo determinado por la Ley.

2.4.c. INTRANSMISIBILIDAD.

La tercera característica que presenta la patria potestad, es su naturaleza intransmisible.

La palabra transmisible, se puede definir como la cualidad que tiene un objeto, en este caso derecho, de poderse ceder, pasar.

La intransmisibilidad, por el contrario, es el no poder transmitirse.

De tal suerte, y basándonos en el hecho de que la mayoría de las relaciones familiares revisten un carácter personalísimo, la patria potestad no puede ser objeto de comercio o transacción alguna, no puede transferirse por ningún título oneroso o gratuito, ni cederse en todo o en parte; no obstante, toda regla tiene su excepción. Tal excepción es la adopción.

La única forma de transmitir la patria potestad es la que se suscita cuando los padres o los abuelos que la ejercen, dan el consentimiento para que el menor sea dado en adopción; de esta forma se creará la transmisión de la patria potestad, que consistirá en el otorgamiento de dicha facultad a los padres adoptantes.

Lo anterior se basa en el artículo 403 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece: "Los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que sería --

transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges".

De no ser por la vía mencionada arriba, siempre y cuando toda la tramitación de la adopción sea conforme a la Ley, - además de ser aprobada por el juez de lo familiar, no habrá -- transmisión.

"La patria potestad es intransmisible por voluntad de - los particulares; sólo puede transmitirse como consecuencia de que el juez de lo familiar haya aprobado la adopción, como medida protectora del interés del adoptado."⁽⁵⁷⁾ Dicha adopción deberá permitirse, siempre y cuando el juez determine que resulta benéfica para el adoptado.

El transmitir la patria potestad no es un acto unilateral. Para que se pueda realizar se necesita:

- 1.- La existencia de un tercero que desee adoptar al -- menor sujeto a patria potestad;
- 2.- El consentimiento de los que ejercen la patria potestad, de dar en adopción al hijo;
- 3.- El consentimiento del menor, si éste cuenta con más de 14 años;

(57) Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. pág. 662.

4.- La aprobación del juez de lo familiar del lugar.

Por otra parte, Sara Montero Duhalt manifiesta: "En el caso de que el adoptado sea un menor que no estaba bajo la patria potestad de nadie, entrarán a ejercerla quienes lo adopten. No habrá transmisión, sino creación de la patria potestad". (58)

Cuando el menor se encuentre libre de la patria potestad, la transmisión no opera. En este caso la patria potestad se va a crear, debido a que no hay nadie quien la transmita, no existen ascendientes que la otorguen.

Podemos concluir que la intransmisibilidad, con respecto a los ascendientes, tiene la calidad de prohibición, en razón de que la patria potestad no la pueden transmitir a voluntad.

Ahora bien, viéndolo desde otro punto de vista, consideramos que la patria potestad si se puede transmitir.

Analizando la definición mencionada de intransmisibilidad, podemos afirmar que si algo es intransmisible, lógicamente nada o nadie más puede llegar a poseerlo, salvo el que la

(58) Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Edit. Porrúa, S.A. México. 2a. ed. 1976. pág. 334.

detente en primer lugar.

En base a lo anterior, si la patria potestad tiene carácter de intransmisible, no es natural que los abuelos paternos o maternos la ejerzan al faltar los padres.

Si la patria potestad es intransmisible, los ascendientes distintos de los padres no tienen derecho a ejecutarla.

Fundamentándolo en lo mencionado con antelación, afirmamos que la patria potestad si se transmite; de padres a abuelos paternos, y de éstos a los maternos, cuando los dos primeros faltan.

Concientes de que se va en contra de la doctrina, estimamos que la calificación de intransmisible está mal aplicada.

Cuando el ejecutor de esta institución en turno deja de ejercerla, a nuestro modo de ver, la transmite al ascendiente que deba desempeñarla, sin dejar de estar en favor del menor.

2.5. MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD.

Existen, dentro de nuestro Código Civil, tres formas -- por las cuales el padre deja de ejercer la patria potestad a -- saber:

- 1.- Extinción;
- 2.- Suspensión; y
- 3.- Pérdida.

Dentro de este inciso solamente se hablará de extinción y suspensión, ya que más adelante se profundizará sobre la pérdida de la patria potestad.

La institución en estudio se extingue o se acaba, cuando desaparece la razón de su existencia.

El artículo 443 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal preceptúa:

"Art. 443.- La patria potestad se acaba:

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

II.- Con la emancipación derivada del matrimonio;

III.- Por la mayor edad del hijo."

Con respecto a la fracción I, acaba por la muerte del - que la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga; esto - se debe a que la patria potestad no la puede ejercitar persona distinta de los padres o abuelos.

Es obvio que, si ocurre este supuesto, el menor necesitará, debido a su inexperiencia e incapacidad legal, una persona que lo atienda y lo represente llamada tutor.

La incapacidad legal es la prohibición jurídica que se les reputa, por un lado, a los mayores de edad afectados por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos (estado de interdicción), sordo mudos que no sepan leer ni escribir y los que continuamente ingieran bebidas embriagantes o habitualmente hagan uso inmoderado de drogas enervantes. De esta forma, sufren de total o parcial insuficiencia legal para ejercer determinados derechos y contraer ciertas obligaciones; por otro, a los menores de edad, los que no cuentan con 18 años cumplidos.

No obstante de estar estipulado en nuestro Ordenamiento civil, consideramos que el hecho de ser sordo mudo y no saber leer ni escribir no es justa causa por la cual, a este tipo de personas, se les considere incapaces. Existen otras formas de manifestar la voluntad, de manera que no quede lugar a dudas de su decisión; prueba de ello es la dactilología, que es el -

lenguaje digital empleado por los sordos mudos, pudiendo dar a entender y expresar sus deseos.

El tutor, figura explicada en puntos anteriores, ejerce un cargo de interés público, teniendo por objeto la guarda de la persona y bienes de los incapaces (natural y legal) que no están sujetos a patria potestad. El tutor también actúa -- cuando se necesita representar interinamente al incapaz en los casos que la Ley determine.

La emancipación, segunda causa de extinción de la patria potestad, produce sus efectos en el momento en que el hijo contrae matrimonio. La emancipación es el acto jurídico mediante el cual el menor de edad queda libre de toda sujeción a la patria potestad.

En la Roma antigua, la emancipación consistía en un castigo. El paterfamilias expulsaba de la familia al hijo, por - considerarlo culpable de un crimen o por presentar resistencia hacia él.

Esta expulsión estaba constituida, haciendo el padre -- uso de su autoridad, por tres mancipaciones consecutivas del - hijo. Cada mancipación era seguida de una manumisión o liberación. La Ley de las XII Tablas proclamaba así la disolución de la patria potestad.

Las mancipaciones, o entregas voluntarias de la propiedad, se hacían en favor de un tercero de buena fe, llamado "coemptionator", el cual se comprometía a manumitirlo luego. Después de la tercera mancipación, el hijo era manumitido con la calidad de sui iuris (persona libre).

En los casos de la hija o un descendiente más lejano, era suficiente una mancipación con su respectiva manumisión, para romper la autoridad paterna.

La emancipación no era una figura que le redituara beneficios al padre, como nos explica el tratadista Eugène Petit: "Este procedimiento tenía un inconveniente, que era el de hacer pasar al tercero, con relación al emancipado, el papel de patrono, confiriéndole en detrimento del padre los derechos de tutela y de herencia que le estaban unidos".⁽⁵⁹⁾

La última persona en manumitir al hijo se quedaba con los derechos de tutela y herencia. Para evitarlo, el tercero de buena fe se comprometía, en base a un pacto, a volver a mancipar al hijo a su padre después de la tercera mancipación, logrando el paterfamilias recuperar estos derechos al liberarlo.

(59) Petit, Eugène. Op. cit. pág. 120.

El inconveniente para el hijo consistía en que perdía su personalidad dentro del Derecho Civil, pudiendo caer en la esclavitud. Perdía su calidad de gentil y los derechos de sucesión respectivos. La gentilidad era un tipo de clase social que existía en esa época. Si el emancipado era impúbero (menor), se le dotaba de un protector.

Al surgir el Imperio, la condición del emancipado mejoró. La gentilidad cayó en desuso, no teniendo importancia si uno perdía esta calidad; el pretor llama a los hijos emancipados a la herencia del paterfamilias, con los mismos derechos que los que quedaban sujetos a la patria potestad, además de que se le permitió conservar su patrimonio.

El emperador Justiniano resumió el procedimiento de emancipación, eliminando las mancipaciones y otorgó el derecho al padre de mancipar al hijo con una simple declaración ante el Magistrado competente; de esta forma, el padre detentaba para sí el título de patrono, con los respectivos derechos que de él emanaban.

La mayoría de edad, última causal de extinción de la patria potestad, es la calidad con la que cuentan los individuos al cumplir 18 años. Una persona goza de la capacidad de ejercicio al llegar a esta edad considerándola, legalmente, apta para manejar y ejercer, por sí sola, todos sus actos jurídicos.

El mayor de edad puede disponer, según el numeral 647 - del Código Civil para el Distrito Federal, libremente de su -- persona y de sus bienes.

Conjuntamente a estas tres causas de extinción de la -- patria potestad existe una cuarta, siendo ésta la evidente ex -- tinción ocasionada por la muerte del menor, la cual no necesi -- ta mayor explicación; si la finalidad de esta institución es -- el menor y éste muere, termina su ejercicio.

Si la patria potestad desaparece, paralelamente lo ha -- cen todos los derechos y obligaciones que se derivan de ella y, junto con esto, el mayor de edad o emancipado administra sus -- bienes y el usufructo total de éstos; no sin antes observar, - con respecto al emancipado, las restricciones que señala el -- artículo 643 del Código Civil para el Distrito Federal, las -- cuales son a saber:

"Art. 643.- El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I.- De la autorización judicial para la enajenación, -- gravámen o hipoteca de sus bienes raíces;

II.- De un tutor para negocios judiciales."

La enajenación es el acto por el cual una persona trans -- mite a otra el dominio de un bien mueble o un inmueble, una --

simple venta. Gravámen es el cargo que se le hace a un bien inmueble con obligaciones (impuestos, multas, hipoteca). Hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes.

Es importante aclarar, que si el menor de edad se casa y luego enviuda o se divorcia, no volverá a quedar sujeto a la patria potestad de nadie, seguirá emancipado.

Ahora bien, en cuanto a la suspensión del ejercicio de la institución estudiada, ésta consiste en que el padre es privado temporalmente de ella para seguirla ejercitando.

Al respecto, el Código Civil para el Distrito Federal reglamenta:

"Art. 447.- La patria potestad se suspende:

- I.- Por incapacidad declarada judicialmente;
- II.- Por la ausencia declarada en forma;
- III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión."

La incapacidad a la que se refiere la fracción I, es la que presentan los mayores de edad afectados por demencia, los idiotas, imbeciles, sordo-mudos, ebrios y

los que habitualmente abusan de drogas enervantes; si estas - personas están imposibilitadas para manejarse a sí mismas, - - menos podrán manejar intereses ajenos, aún cuando tengan intervalos lúcidos los dementes, idiotas e imbéciles y sepan leer y escribir los sordo-mudos, y judicialmente esté declarado su estado.

Es necesario privarlos de la facultad paterna durante - todo el tiempo que dure su incapacidad, en beneficio del menor y de ellos mismos.

Esta medida se debe al peligro que podrían correr, no - solamente la persona del menor, sino su educación y sus bienes. Además, el incapacitado incurriría en faltas graves, como son lesiones al intentar educarlo o corregirlo y mala administra--ción de los bienes del menor; no en vano existen los tutores.

La suspensión por causa de ausencia declarada en forma se da cuando un sujeto, facultado para ejercer y estando ejerciendo la patria potestad, se ausenta sin dejar noticia alguna de su paradero, declarando el juez formalmente esta ausencia. Existen tres períodos en la ausencia, llamados presunción de - ausencia, ausencia y presunción de muerte del ausente. A -- continuación se explicarán brevemente.

1.- Presunción de muerte.- Este período dura 2 años -- cuando el ausente no dejó apoderado y tres años cuando existe tal mandatario.

2.- Declaración de ausencia.- Esta la pueden pedir los presuntos herederos legítimos del ausente, los herederos instituidos en testamento abierto, los que tengan algún derecho u obligación que dependan de la vida, muerte o presencia del ausente y el Ministerio Público; pero sólo hasta pasados 2 años desde que se nombra al representante.

La ausencia se declarará, si el ausente no aparece dentro de los tres meses en que se publique la demanda en que se ejercita la acción de declaración de ausencia, con sus respectivos intervalos de 15 días en el periódico oficial del lugar donde se intenta la acción y en los principales periódicos del último domicilio del ausente, con copia de esos edictos a los cónsules mexicanos donde se presume que esté el ausente o que se tengan noticias de él, en un término de 4 meses, desde la fecha de la última publicación.

Esta declaración se publicará tres veces en los periódicos mencionados, con intervalos de 15 días, remitiéndose a los cónsules, como está prevenido respecto de los edictos. Ambas publicaciones se repetirán cada 2 años hasta que se declare la presunción de muerte.

Si hubiere noticias o existiere oposición del interesado, el juez no pronunciará la declaración de ausencia sin repetir las publicaciones y sin hacer la averiguación por los medios que considere el oponente y por los que el mismo juez crea oportunos.

El juez competente para declarar la ausencia es, de acuerdo al numeral 156 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su fracción V, en cuya jurisdicción el ausente tuvo su último domicilio.

3.- Presunción de muerte del ausente.- Esta se declara al transcurrir 6 años desde la declaración de ausencia.

La suspensión de la patria potestad debe decretarse hasta que se declare la ausencia, esto es, 2 o 3 años, según el caso, después de la ausencia del padre.

Mientras se declara la ausencia, desde el momento en que el padre se ausenta, al menor se le designa tutor, conforme al artículo 651 del Código Sustantivo invocado, el cual indica:

"Art. 651.- Si el ausente tiene hijos menores, que están bajo su patria potestad, y no hay ascendientes que deban ejercerla conforme a la Ley, ni tutor testamentario ni legítimo, el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor, en los términos

prevenidos en los artículos 496 y 497."

Por su parte, el artículo 496 añade: "El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido 16 años. El juez de lo Familiar confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobarla".

Si no lo aprueba, según el numeral 497, el tutor lo designará el juez, oyendo el Ministerio Público.

A simple vista, se podría decir que hay una contradicción en el artículo 447 fracción II con respecto al 601 citados, ya que el primero de los mencionados señala: "Se suspende la patria potestad con la declaración formal de ausencia", y por su parte el numeral 601, ya se le designa tutor; en realidad, este último artículo tiene carácter de provisional, se aplica en tanto el padre aparece o se declara la ausencia. En el caso de que no aparezca, se le nombrará tutor oficial hasta que cumpla la mayoría de edad.

La causa de suspensión que menciona la fracción III, es con respecto a lo que regulan los artículos 295 y 376 del Código Penal para el Distrito Federal, los cuales precisan:

"Art. 295.- Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos."

Las lesiones inferidas a un menor por las personas que ejerzan la patria potestad serán sancionadas, sin obstar que se les aplique la pena correspondiente a las lesiones causadas, con la suspensión o la privación de ejercer este derecho.

Quedará, a juicio del juez, la alternativa de privarlo o suspenderlo solamente del ejercicio de la patria potestad, después de realizar una valoración de la gravedad de las lesiones y las causas de éstas.

"Art. 376.- En todo caso de robo, si el juez lo creyere justo, podrá suspender al delincuente de un mes a seis años, en los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en concursos o quiebras, asesor y representante de ausentes, y en el ejercicio de cualquier profesión de las que exijan título."

En este numeral, la suspensión es clara. El que sea acusado de robo, estará inhabilitado para administrar los bie-

nes del hijo y, por ende, para ejercer la patria potestad.

En cualquiera de los casos de los 2 artículos anteriores el infractor, habiendo cumplido su condena, recobrará el ejercicio de la patria potestad, siempre y cuando ésta sólo -- hubiere consistido en la suspensión de derechos.

De lo anterior, consideramos que las formas de acabarse y suspenderse la patria potestad son bastante nítidas, no tienen lugar a dudas.

El legislador tuvo a bien considerar todas las situaciones que pudieran suscitarse, con los tres supuestos que enumera la extinción, y las tres hipótesis enmarcadas en la suspensión de la estudiada institución.

2.6. FORMAS DE PERDER LA PATRIA POTESTAD.

La pérdida de la patria potestad es con relación al ejercicio de ésta; el que la ejercía no podrá volver a tener derecho a ello y pasará, dicha facultad, a manos del otro padre o a las de los ascendientes que corresponda, según el orden establecido en el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal. Si no hubiere otro ascendiente que se encargue del menor, se le nombrará tutor.

En el Ordenamiento Sustantivo invocado, numeral 444, se expresan claramente las cuatro formas en que se pierde la patria potestad, siendo éstas:

I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo -- que dispone el artículo 283;

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

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

Refiriéndonos a la primera causa, existen delitos que, por su naturaleza, al cometerse, afectan al núcleo familiar; por lo tanto, si es el padre o ascendiente del menor el que los realiza, para la Ley, siempre será considerado como indigno para ejercer la patria potestad, excluyéndolo del grupo de ascendientes que tienen derecho a portar esta facultad.

Los delitos a los que se refiere esta fracción son: - - Corrupción de menores (art. 203), violación (art. 266 bis párrafo 2), lesiones (art. 295), abandono de personas (arts. 335, 336 y 343), privación de la libertad y otras garantías (art. 366 bis párrafo 6), que corresponden al Código Penal para el Distrito Federal.

La pérdida de la patria potestad es con respecto a todos los menores ya nacidos y a los posteriores al delito, no importando de que matrimonio sea (primero, segundo, etc.), ya que la pérdida se le imputa al sujeto que ejerce esta institución y que incurrió en la falta, no es en base a los hijos que tiene o que vaya a tener.

La fracción II del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, que invoca al numeral 283 del mismo Ordenamiento, se refiere a que la situación de los hijos se fijará en la sentencia en que se declare el divorcio; el juez calificará, para determinar dicha situación, los elementos con que cuenta.

Cuando el padre y la madre pierden la patria potestad, pierden sólo el derecho a ejercerla, no así ninguna de las obligaciones que tienen para con los hijos (art. 285 Código Civil para el Distrito Federal).

A este respecto, cabe señalar que existe un error grave en la redacción del referido 285, ya que dice expresamente "el padre y la madre" seguirán teniendo obligaciones con los hijos si pierden la patria potestad, excluyendo a los abuelos en el caso de que sean éstos los que la ejerzan.

No se necesita profundizar en una explicación con respecto a la tercera causa, debido a que las costumbres depravadas, los malos tratos y el abandono de los deberes de los padres, son acciones graves que van totalmente en contra de la buena formación moral del menor, así como de su salud y de su seguridad. Sin embargo cabe señalar que, por Ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tenemos que, para que exista la pérdida por conducta depravada, ésta debe ser en

el momento o durante el desarrollo del menor, puesto que si --
aconteció con anterioridad al nacimiento del hijo, resulta --
inoperante.

En relación a lo expuesto, resulta interesante transcri-
bir la siguiente Tesis.

"PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA CONDUCTA DEPRAVADA COMO
CAUSAL.- La fracción III del artículo 444 del Código Civil pa-
ra el Distrito Federal sanciona a los progenitores con la pér-
dida de la patria potestad en el caso en que se les demuestre
en juicio que observan "una conducta depravada" que ponga en -
peligro la moralidad del hijo; por lo tanto, cuando se demanda
la aplicación de tal sanción en contra de alguno de ellos es -
necesario justificar el peligro de corrupción que existe en - -
perjuicio del que está sujeto a la patria potestad; de ahí se
deduce que no es posible afirmar que se da esa hipótesis cuan-
do las costumbres que se imputan al reo hayan acontecido con -
anterioridad al nacimiento del hijo y no se hayan seguido repi-
tiendo con posterioridad al alumbramiento, precisamente porque
por no haber nacido éste no pudo ser mal educado."

Amparo directo 5999/1976. Pablo Colegio Camargo. Sep-
tiembre 30 de 1977. Unanimidad de 4 votos. Ponente: --
Mtro. J. Ramón Palacios Vargas.
3a. Sala. Informe 1977 SEGUNDA PARTE, tesis 129, Pág.
124.

Asimismo tenemos que el hecho de que una mujer tenga un hijo fuera del matrimonio, no es causa suficiente para que pierda la patria potestad de anterior o anteriores hijos, ya que su conducta no necesariamente es indecorosa. Esto es, no pierde la patria potestad de hijos habidos con antelación si tiene otro hijo fuera de matrimonio, siempre y cuando en su vida haya conservado recato. Así lo ha determinado el Alto Tribunal en la tesis que a continuación se transcribe:

"PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. LA CONCEPCION DE UN HIJO FUERA DE MATRIMONIO NO LA IMPLICA NECESARIAMENTE.- El hecho de que una mujer viuda haya concebido un hijo (fuera de matrimonio), no implica necesariamente que su conducta haya sido escandalosa, porque la concepción no es un acto inmoral imputable a la conducta de una persona ya que aún fuera de matrimonio puede estar unida a otra de distinto sexo observando recato; por tanto, para la procedencia de la pérdida de la patria potestad, por costumbres depravadas de la madre, no es suficiente que se acredite la concepción de un hijo fuera de matrimonio, sino que se requiere además, la demostración de que la demandada realiza actividades indecorosas."

Ampara directo 819/1976. J. Guadalupe Orozco Arreola y otra. Marzo 4 de 1977. 5 votos Ponente: Mtro. Raúl Lozano Ramírez.
3a. SALA Informe 1977 SEGUNDA PARTE, tesis 131, Pág. - 125.

Al analizar la cuarta causa de pérdida de la patria - - potestad, solamente se habla de la exposición que hagan los pa dres con sus hijos, olvidando que la exposición la pueden come ter también los abuelos y dicha acción no se sanciona con respecto a ellos, peligrando el menor; lo mismo sucede en el caso de abandono por más de 6 meses. La Ley no habla de que los - - abuelos no puedan incurrir en esta falta.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha pronunciado Jurisprudencia en relación a la pérdida por abandono de los deberes de los padres, la cual resulta interesante transcribir:

"Conforme a lo dispuesto por el artículo 373 fracción - III del Código Civil del Estado de Veracruz, la acción derivada de la causal de pérdida de la patria potestad por abandono de los deberes de los padres requiere la comprobación de los - siguientes elementos esenciales que la integran: a) Que el - - progenitor a los progenitores demandados han abandonado los - deberes que natural y civilmente impone la paternidad; entendiéndose por abandono el incumplimiento voluntario, es decir, sin justa causa, de tales obligaciones; b) Que pueda comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, y - - c) La relación de causa a efecto entre el abandono de los debe res y el daño que puedan sufrir los hijos."⁽⁶⁰⁾

(60) Castro Zavaleta, Salvador. Op. cit. pág. 538.

Debemos señalar, que procesalmente, tenemos que la -- pérdida de la patria potestad, por ser una institución importante dentro del ámbito social, que entraña graves problemas familiares, tanto para los hijos como para los progenitores, al presentarse al juez una petición de tal magnitud debe -- analizar minuciosamente las pruebas aportadas; inclusive el actor debe demostrar en forma fehaciente la procedencia de su acción, a fin de que el juez declare la justificación de la -- privación de la patria potestad, con auxilio de medios probatorios plenos e indiscutibles para no tener lugar a duda.

Ahora bien, por último resulta interesante señalar que aún cuando en virtud de Sentencia firme se condene al padre o a la madre a la pérdida de la patria potestad, ésto no implica que el sujeto activo se libere de las obligaciones económicas que le corresponden, como es el de proporcionar alimentos, educación, etc. Así lo ha determinado la Suprema Corte de --- Justicia en la siguiente Ejecutoria:

"PATRIA POTESTAD. SUPRESION DE ALGUNO O ALGUNOS DE LOS DERECHOS QUE LA MISMA COMPRENDE" (LEGISLACION DEL ESTADO DE - - VERACRUZ).- La patria potestad comprende una serie de derechos y de obligaciones correlativas para quien la ejerce, tales - como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la Ley, de administrar sus bienes, de proporció

narles alimentos, etc. Cuando en virtud de resolución judicial se priva a una persona de la patria potestad, ésta pierde los derechos inherentes a la misma, quedando subsistentes únicamente las obligaciones económicas que les incumban, según se desprende del artículo 378 del Código Civil del Estado de Veracruz; sin embargo, debe advertirse que la autoridad judicial está facultada para, sin privar a los padres o abuelos de la patria potestad que ejerzan, suprimirles o restringirles alguno o algunos de los derechos que la misma comprende, como puede ser la privación de la guarda y custodia de los menores, de la facultad de decidir sobre alguna cuestión relativa a su educación, de la administración de sus bienes, etc; esto se desprende, entre otros, de los artículos 342 y 370 del ordenamiento antes mencionado."

Amparo directo 2078/1974. Víctor Manuel Martínez Fernández. Agosto 15 de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. J. Ramón Palacios Vargas.
3a. SALA Séptima Época, Volumen 80, Cuarta Parte, Pág. 30.

La madre o abuela que pasen a segundas nupcias no pierden la patria potestad del menor, según lo dispuesto en el artículo 445 del Código Civil para el Distrito Federal; asimismo, el nuevo marido no podrá ejercerla sobre aquel.

Consideramos que es más conveniente, en el numeral 446 de nuestro Ordenamiento civil, cambiar la palabra "marido" por

la de cónyuge; ésta es más jurídica y más general.

En el citado artículo 445 existe otra gran laguna de la Ley, ya que aquí se expresa que la madre y la abuela son las únicas personas que no pierden la patria potestad por el hecho de volverse a casar, quedando en el aire la interrogante de -- que si el padre o el abuelo la pierden si llegaren a caer en -- dicho supuesto y se encuentren ejerciendo este derecho.

El análisis de este subtema nos lleva a concluir:

1.- El que pierde la patria potestad no la recupera, -- aún muriendo el que la ejerce;

2.- El hecho de perderla no significa que ya no tiene -- obligaciones; éstas persisten, a los ascendientes se les priva de los derechos;

3.- Contiene varias lagunas legales importantes, las -- cuales es trascendental corregir.

C A P I T U L O I I I

ELEMENTOS PERSONALES DE LA PATRIA POTESTAD

3.1. SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS

La patria potestad es un derecho que se origina de la paternidad y de la maternidad. La reglamenta el Código Civil pero no la crea, puesto que es el efecto de la relación natural que existe entre ascendientes y descendientes; por consiguiente, es un derecho natural de los padres el que entre ambos lo ejerzan durante el matrimonio, o uno u otro cuando se encuentren divorciados, separados, o en el caso de aquellas familias formadas por madres solteras.

Refiriéndose a lo anterior, Galindo Garfias comenta:

"La atribución de esta función protectora de los hijos menores, descansa en la confianza que inspiran por razón natural, los ascendientes, para desempeñar esta función".⁽⁶¹⁾

El contenido esencial de la patria potestad está formado por la autoridad emanada del padre y la respectiva subordinación del hijo. Esta subordinación está representada por el deber de respeto y obediencia, atención y socorro, y convivencia del hijo hacia el padre.

Debe tomarse en cuenta que lo anterior se fundamenta en el derecho prioritario de los menores a que ellos sean retribuidos de la misma forma; esto es, a recibir la atención -

(61) Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. pág. 671.

completa, educación, cuidado y desarrollo integral, humano y cristiano. Necesario es aclarar que dichos deberes no terminan al concluir la patria potestad.

El artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

"Art. 411.- Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

Al respecto, el tratadista José Arias opina:

"A primera vista, no es éste sino un precepto moral; - pero al salir de la borrasca que ha trastornado tantas cabezas y amenazando tanto con una subversión total de toda idea de subordinación y de reverencia filial, este precepto debería preceder a disposiciones enteramente relativas a una auto ³ ridad temporal para recordar incesantemente a los hijos que, si en ciertas épocas de la vida quedan por la Ley emancipados de la autoridad de los padres, no hay momento de la vida, ni circunstancia ni situación, en que no se les debe honor y - respeto". (62)

Dentro de la patria potestad, encontramos obligaciones que no se extinguen al terminar el ejercicio de ésta; tal es el caso del honor y respeto que se les deben a los padres. -

(62) Arias, José. Derecho de Familia. Edit. Guillermo Kraft - Limitada. Buenos Aires. 2a. ed. 1952. pág. 369.

No existe razón válida alguna por la cual el hijo, habiéndose emancipado por cualquier vía (matrimonio o mayoría de edad), no deba ofrecer honor y respeto a los padres. El hecho de -- que se haya emancipado, o no viva más en la casa paterna, no es excusa para no respetar a los padres.

El Mtro. Galindo Garfias, al explicarnos este principio, señala: "Por su contenido moral, el deber de honra y respeto hacia los ascendientes, aparte de que no puede ser considerado simplemente como en efecto de la patria potestad, es - el fundamento ético de las relaciones paternofiliales, de la patria potestad misma y de la consolidación de la familia. - Es la contra partida, por así decirlo, del principio en que - descansa la autoridad paterna, que solo se justifica si se -- funda en la abnegación y sacrificio de los padres. La naturaleza moral de este principio, explica porque la norma establecida en el artículo 411 del Código Civil, carece de una fuerza coercitiva (lege minus quam perfecta). (63)

La base de las buenas relaciones entre padre e hijo -- son, precisamente, el respeto mutuo.

El honor y la obediencia son consecuencia del respeto; éste debería darse por sí solo, y no porque la Ley lo ordene, independientemente si es incoercible o no. El respeto debe --

(63) Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. pág. 677.

ser espontáneo y recíproco, y no premeditado y unilateral.

Dentro del ejercicio de la patria potestad, para identificar mejor a sus integrantes, podríamos dividirlos en sujetos activos y sujetos pasivos.

Los sujetos activos de la patria potestad, como en toda relación jurídica, son los que realizan la acción y, en este caso, quienes deben desempeñar el cargo, quienes tienen en sus manos la facultad de ejercer la patria potestad en base al artículo siguiente.

De conformidad al precepto legal 414 del Código Sustantivo invocado, tenemos como sujetos activos:

- I.- El padre y la madre;
- II.- El abuelo y la abuela paternos; y
- III.- El abuelo y la abuela maternos.

Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho (art. 420 del Código Civil para el Distrito Federal).

El orden establecido por el numeral 414 citado, no es precisamente obligatorio a seguir, ya que el juez de lo Familiar del lugar, a falta o impedimento de los padres para ejercerla, determinará cual o cuales de los ascendientes seguirán desempeñándola, según las circunstancias del caso.

Para la designación del ascendiente, el juez podrá oír al menor, si el primero considera que el segundo ya está en uso de razón.

Consideramos que, para que un menor esté en uso de razón, debe contar con 16 años. A esta edad, el hijo tiene ya el criterio suficiente como para elegir al ascendiente que lo cuidará hasta su mayor edad y, en general, sobre aspectos importantes de su vida. Es difícil, aunque no imposible, que un hijo que cuente con menos edad, pueda decidir acertadamente sobre su destino.

Los sujetos pasivos, al contrario de los activos, son aquellos sobre quienes recae la acción, "sobre quienes se cumple".⁽⁶⁴⁾

Los sujetos pasivos únicamente son los hijos o nietos menores de edad, el mayor incapacitado, así como el adoptado menor de edad; de no ser como en el segundo supuesto, jamás -

(64) Montero Duhalt, Sara. Op. cit. pág. 344.

habrá patria potestad sobre mayores de edad. Si no hay padres ni abuelos quienes la ejerzan, se les nombrará tutor.

Sin tomar en cuenta el sexo, la institución de la patria potestad se debe ejercer tanto en los hijos legítimos como en los naturales.

El tratadista Manuel F. Chávez Asencio opina al respecto: "Podría redactarse este derecho en la siguiente forma: Todo padre y toda madre, como consecuencia de la paternidad y la maternidad, tiene derecho de ejercer la patria potestad en beneficio de sus menores hijos no emancipados y a su reconocimiento y protección jurídica".⁽⁶⁵⁾

Los padres del menor ostentan el derecho de ser ellos quienes ejerzan la patria potestad, derecho que se desprende de la misma naturaleza de esta institución. El reconocimiento a que se refiere la cita anterior, es el reconocimiento legal de los hijos.

El tratadista Rafael Rojina Villegas lo define como -- "un acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen, por aquel que reconoce

(65) Chávez Asencio, Manuel F. Op. cit. pág. 162.

y en favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación". (66)

El mismo Rojina Villegas manifiesta, que la doctrina - generalmente no lo acepta como un acto jurídico, porque se -- dice que el reconocimiento no crea derechos y obligaciones, - sino que es el vínculo consanguíneo el que los crea.

Personalmente opinamos que el reconocimiento si crea - derechos y obligaciones, estén vinculados consanguíneamente o no, en virtud de que una persona puede reconocer a un menor - sin ser su hijo. Tal es el caso de la madre del menor que no tiene conocimiento de quien es realmente el padre, y el su--- puesto ascendiente lo reconoce. Aquí se acepta la paternidad voluntariamente y, por consiguiente, los derechos y obligacio- nes inherentes a la patria potestad.

El reconocimiento puede ser unilateral o plurilateral, ya sea reconocido por el padre o por la madre (unilateral), o cuando el reconocimiento se haga fuera del término legal esta- blecido para ello, es decir, que lo reconozca la madre 40 - - días después de haber dado a luz, y 15 días para el padre; y en el caso de que, habiéndolo presentado, no se haya hecho el reconocimiento en el acta respectiva (plurilateral).

(66) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Edit. Porrúa, S.A. México. 9a. ed. Tomo I 1974. pág. 482.

En cualquiera de los dos últimos casos, se tendrá que levantar un acta especial de reconocimiento ante la misma Oficina del Registro Civil nombrándole, para tal efecto, tutor especial al hijo, si es menor de edad, para que lo represente; si ya cumplió 14 años, el hijo deberá manifestar su conformidad del reconocimiento. Si fuese mayor de edad, no necesitará tutor, pero tendrá que consentir en el mismo para que se lleve a cabo.

Con respecto a la solemnidad, el reconocimiento deberá hacerse por alguna de las siguientes formas.

- 1.- En la partida de nacimiento, ante el juez del Registro Civil;
- 2.- Por acta especial ante el mismo juez;
- 3.- Por escritura pública;
- 4.- Por testamento; y
- 5.- Por confesión judicial directa y expresa.

Es irrevocable con respecto a la voluntad del que la realizó; si el estado de la persona de cuya filiación se trata queda establecido, el que reconoce no lo puede modificar. Además, aunque se realice por testamento y éste se revoque, no se tendrá por revocado el reconocimiento.

El Código Civil para el Distrito Federal reglamenta -- la forma de como ha de cumplirse con la patria potestad, en los casos de los hijos legítimos como en los naturales.

En relación a los hijos legítimos, se ejercerá la patria potestad según el orden establecido por el artículo 414 mencionado con antelación.

Aún cuando nuestro Ordenamiento civil faculta, en base al orden del artículo anterior, a los padres y ascendientes para ejercer la patria potestad, no establece una división de poderes entre los que la ejercen; los derechos y los deberes que implica la patria potestad los deben cumplir conjuntamente, siempre en beneficio del menor.

El Código Civil para el Distrito Federal no establece la forma en que se ejercerá esta función, tanto por el padre como por la madre; pero si la patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones que recaen sobre los padres, también en conjunto se deben ejecutar, indistintamente por uno o por otro, pero siempre estando de acuerdo; no únicamente en lo tocante a la administración de los bienes, sino en todo lo que se refiere a la persona del menor.

Para Galindo Garfias es más clara la denominación de potestades, "entendidas éstas como conjunto de derechos o --

facultades que deben ser ejercidas para gestionar intereses ajenos". (67)

En lo concerniente al hijo nacido fuera del matrimonio, la Ley establece que cuando los progenitores lo han reconocido y viven juntos, los dos ejercerán la patria potestad; en caso contrario, si viven separados y lo reconocen en el mismo acto, los dos la ejercerán, sólo que en un convenio se pactará cual de los dos tendrá la custodia. Si no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que se considere más conveniente a los intereses del menor.

Si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por los padres que no viven juntos, los dos ejercerán la patria potestad, pero el primero en reconocerlo tendrá derecho a la custodia, si es que no convienen otra cosa, y sólo que el juez de lo Familiar del lugar no considere necesario modificar ese convenio por causa grave, con audiencia de los padres y del Ministerio Público.

En el supuesto de que los padres vivan separados, si por cualquier circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro.

(67) Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. pág. 671.

Si los hijos nacidos fuera del matrimonio no han sido reconocidos por ninguno de los progenitores, y si no ha habido sentencia que establezca filiación, los hijos se considerarán de padres desconocidos y se les proveerá de tutor dativo.

El tutor es la persona que ejerce la institución jurídica encargada de la guarda de la persona y bienes de los que están incapacitados física y legalmente, o sólo por la segunda para gobernarse por sí mismo, cuando éstos no se encuentren - bajo la patria potestad de alguna persona, pudiendo tener también por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la Ley.

La tutela dativa, como lo preceptúa el numeral 495 del Código Civil mexicano, tendrá lugar:

- 1.- Cuando no haya tutor testamentario ni persona a -- quien, conforme a la Ley, corresponda la tutela -- legítima;
- 2.- Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo y no haya ningún pariente de los designados en el artículo 483.

El tutor dativo lo podrá designar el menor, siempre y cuando tenga 16 años y el juez no objete la elección; si el menor no cuenta con esa edad, la designación estará a cargo del Juez de lo Familiar de entre las personas que figuren en

las listas elaboradas cada año por el Consejo Local de Tutelas, oyendo al Ministerio Público, según lo estipulan los artículos 496 y 497 del Código Civil para el Distrito Federal.

De esta forma, concluimos que los sujetos activos de la patria potestad solamente pueden ser:

- 1.- Los padres, ya sean legítimos, adoptivos, o los que reconozcan a los menores; y
- 2.- Los abuelos, paternos o maternos.

Los sujetos pasivos serán:

- 1.- Los hijos legítimos, adoptivos o reconocidos;
- 2.- Los nietos; y
- 3.- Los mayores de edad incapaces.

3.2. LAS RELACIONES JURIDICAS ENTRE EL SUJETO ACTIVO Y EL SUJETO PASIVO.

Definiremos primero, que son las relaciones jurídicas, para su mejor comprensión.

Se entiende por relación jurídica, en definición del tratadista Rafael de Pina, como "el vínculo establecido entre personas, regido por el Derecho". (68)

Sus elementos son, según el Mtro. de Pina, a saber:

- 1.- El sujeto;
- 2.- El objeto;
- 3.- El acto jurídico.

Los sujetos son los individuos que intervienen en la relación jurídica.

El objeto es el por qué de la relación jurídica.

El acto jurídico es el que crea, modifica o extingue relaciones de derecho y, en este caso, también es objeto de la relación.

(68) Pina, Rafael de. Diccionario de Derecho. Edit. Porrúa, - S.A. México. 9a. ed. 1980. pág. 408.

Ahora bien, las relaciones jurídicas familiares son los lazos de conducta creados por el parentesco, el matrimonio, el concubinato, el divorcio, la patria potestad o la tutela. Nosotros nos referiremos a las relaciones jurídicas -- paternofiliales.

De acuerdo al Alto Tribunal, en Ejecutoria tenemos que: "La patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la Naturaleza y conferido por la Ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones paterno-filiales".⁽⁶⁹⁾

Este tipo de relaciones se origina por el nacimiento del hijo o por la adopción. Son relaciones de preeminencia y subordinación.

El doctrinario Ricardo Couto nos dice: "Conforme al -- criterio moderno, las relaciones jurídicas entre padres e hijos ya no son, como en el derecho primitivo, un conjunto de -- derechos ilimitados de los primeros sobre los segundos, y ni siquiera un conjunto de derechos y obligaciones recíprocos, -- como más tarde se considerarán; dichas relaciones son un conflicto de deberes que, por el hecho mismo de la generación, -- tienen los padres respecto de los seres que han engendrado; -- verdad es que aquellos que ejercen determinadas facultades --

(69) Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes 1974-1975. Actualización IV. Edit. Mayo. México. 2a. ed. 1984. pág. 908.

sobre los hijos; pero tales facultades no son, propiamente, - sino medios que la Ley les otorga a los padres para llenar el cumplimiento de los deberes que la naturaleza les ha impues- to". (70)

Así es, las relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes no son un conjunto de derechos que tenga uno -- sobre otro, sino que es la convivencia que se establece entre los dos, la cual nace del vínculo jurídico creado por la patria potestad como institución de derecho.

Estas relaciones jurídicas, según Alfonso de Cossio, - "derivan del hecho de la generación, real o fingida, del hijo y que constituyen en cuanto a éste el estado de filiación y, correlativamente, en cuanto a sus progenitores, los estados - de paternidad y maternidad, respectivamente, todos tres fuentes de determinados derechos y obligaciones que configuran la llamada sociedad paterno filial". (71)

El estado de filiación del hijo, la paternidad y la -- maternidad, son el trípode sobre el cual se basa la patria -- potestad, siendo ésta la misma base de la familia.

(70) Couto, Ricardo. Op. cit. pág. 295.

(71) Cossio, Alfonso de. Instituciones de Derecho Civil. No. 2. Edit. Alianza. Madrid. 1975. pág. 813.

Las relaciones jurídicas entre sujeto activo y pasivo nacen de la patria potestad, por la misma naturaleza de ésta, el existir la cohabitación.

Manuel F. Chávez Asencio opina que la relación jurídica, por un lado, se refiere a un hecho humano (la procreación) y, por otro, a una norma jurídica (la reglamentación de la patria potestad).

Al respecto, el doctrinario Bonnacase nos comenta que la relación jurídica "es el resultado forzoso del contacto de la regla de derecho y de la relación de hecho. Toda relación de derecho, escribe Savigny, se compone de dos elementos: - 1) Una materia derivada, es decir, una relación misma; 2) La idea de derecho que reglamenta esta relación. El primero --- puede ser considerado como el elemento material de la rela--- ción de derecho, como un simple hecho; el segundo como elemen to plástico, el que ennoblece el hecho y le impone las formas de derechos". (72)

La relación jurídica es la interrelación que deriva de los derechos y obligaciones inherentes de esta institución, y de su reglamentación en la Ley. Esta relación emana de las - disposiciones que regulan la patria potestad; si no existe -- ésta última, no habrá relación jurídica.

(72) Bonnacase, Julien. Filosofía del Código de Napoleón Aplicado al Derecho de Familia. Edit. José Ma. Cajica. Puebla, México. 1945 pág. 221.

En cuanto al primer elemento de la relación jurídica, el hecho, éste puede ser de carácter físico (el grado de parentesco que sería hijo-nieto y padre-abuelo), de carácter económico (el que tenga o carezca de medios económicos), de carácter moral (respeto entre padre e hijo), etcétera.

Refiriéndonos al segundo elemento, son las reglamentaciones existentes para el buen y exacto cumplimiento en el ejercicio de la patria potestad.

Tocante a los que ejercen esta institución, para el mejor cumplimiento de ese ejercicio, la Ley determina, primordialmente:

- 1) El cuidado y la guarda de los hijos;
- 2) La dirección de su educación;
- 3) El poder de corregirlos;
- 4) La alimentación;
- 5) La representación legal del menor;
- 6) La administración de los bienes del menor;
- 7) La designación del domicilio;
- 8) Nombramiento de tutor testamentario.

Los derechos antes citados, serán analizados en el inciso siguiente.

"Este complejo de relaciones jurídicas, se apoya en la solidaridad del hombre frente a los demás miembros del grupo social que existe particularmente con respecto de los hijos y en la misma naturaleza protectora de ese cargo de derecho público."(73)

Las relaciones jurídicas se sostienen del interés de la familia y del Estado por procurar probidad para con el menor.

En cuanto a los hijos, la Ley les impone:

- 1) Honor y respeto a sus padres y demás ascendientes;
- 2) Vivir en la misma casa de los que ejercen la patria potestad mientras estén sujetos a ella, siempre y cuando no vaya contra la moral y las buenas costumbres.

El honor y respeto debidos a los padres y ascendientes es otra base de las relaciones familiares; el respeto, contemplado y señalado vagamente en nuestra Ley, al igual que el honor, deben ser recíprocos.

En cuanto a la cohabitación de los hijos con los padres, para ejercer debidamente la patria potestad, es evidente que ambos vivan juntos.

(73) Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. pág. 677.

También se puede ejercer si no están juntos, pero se correría el riesgo de maleducar al menor y llegar, éste último, a sufrir carencias.

Como ha quedado antes señalado, las imposiciones anteriores, tanto las de los padres como las de los hijos, son solamente para la mejor ejecución de la patria potestad.

"Los padres que ejercen la patria potestad, y los menores sujetos a la misma, crean las relaciones jurídicas paterno filiales originales. Son relaciones distintas a las que encontramos entre los parientes en general, pues los derechos, obligaciones y deberes que se originan de la patria potestad no son los mismos que de una manera general determinan el parentesco."(74)

Las relaciones jurídicas paterno filiales se diferencian de las demás existentes dentro de el Derecho de Familia. Estas, como su nombre lo indica, se refieren sólo a padres e hijos, conteniendo derechos y obligaciones especiales; de tal suerte que no hay comparación con otra institución de esta rama del Derecho.

Podemos concluir, diciendo que los ascendientes facultados para desempeñar la patria potestad, y los menores suje-

(74) Chávez Asencio, Manuel F. Op. cit. pág. 236.

tos a ella, crean las relaciones jurídicas paterno filiales. Este tipo de relaciones son distintas a las que encontramos entre los demás parientes ya que, los derechos y obligaciones emanados de la patria potestad no son equiparables a los que generalmente determinan el parentesco.

3.3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PADRES CON RESPECTO A LA PERSONA DEL MENOR.

Los derechos y obligaciones de los ejecutores de la patria potestad son, a saber los siguientes:

- a) La educación de los hijos;
- b) La alimentación de los mismos;
- c) La guarda;
- d) La corrección;
- e) La representación legal;
- f) La administración de los bienes;
- g) La desiganci6n del domicilio;
- h) El nombramiento del tutor testamentario.

Estas facultades-deberes se fundan en lo establecido en el artículo 4 Constitucional, in fine, el cual al tenor -- señala: "Es deber de los padres preservar el derecho de los -- menores a la satisfacci6n de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protecci6n de los menores, a cargo de las instituciones públicas".

La guarda, la corrección, la representación y la administración de los bienes los trataremos aparte y ampliamente en el último capítulo del presente trabajo.

Para entender los derechos y obligaciones antes citados, no resulta ocioso analizarlos, empezando por la educación de los hijos.

LA EDUCACION

Por cuanto a esta obligación, se analizará a ésta en varias facetas, para su mayor comprensión y entendimiento.

Corresponde a los padres éste y los demás derechos y obligaciones, desempeñarlos en conjunto, y decidir entre ambos todo lo relacionado con la formación, educación y administración de los bienes del menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 168 del Código Civil para el Distrito Federal.

El deber de educar a los hijos menores no emancipados lo estipula nuestro Ordenamiento civil en su numeral 422, que a la letra dice: "A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente"; éste a su vez encuentra su fundamentación en el artículo 31 Constitucional, párrafo primero, que establece la obligación de los mexicanos de mandar a sus hijos o pupilos menores de quince años a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria elemental.

"Este derecho se refiere a los padres y a los hijos. A los primeros en relación a la posibilidad para que se capaciten y completen su instrucción, y en relación a los segun-

dos para su instrucción primaria, secundaria, preparatoria y profesional, que como responsabilidad recae directamente al Estado."(75)

Para que los ascendientes cumplan con su obligación de educar a los menores, el Estado necesita cumplir primero, al construir centros de enseñanza en todos los niveles y por todo el país. La educación debe llegar, de ser posible, hasta los lugares más escondidos y de difícil acceso de México.

La educación primaria es obligatoria; y ésta que imparta el Estado, al igual que los demás niveles de enseñanza, será gratuita, de acuerdo al artículo 30. de nuestro Código - - Político.

Con respecto a la obligación de educar, el doctrinario Pelosi nos comenta: "Como titulares, desde el punto de vista interno de la patria potestad, los progenitores deben desarrollar una actividad por sí misma compleja de carácter no patrimonial, que puede definir como obligación de educación en sentido lato o función educativa. En sentido estricto, la función educativa importa la obligación de desarrollar aquella - compleja actividad espiritual y material que mira a formar intelectual y moralmente la personalidad del hijo y a procurar su desarrollo físico".(76)

(75) Idem. pág. 414.

(76) Cit. por Galindo Garfias Ignacio, Op. Cit. pág. 678.

En otras palabras, para este autor, la educación en -- sentido lato consiste en la facultad de poder ejercer la función educativa; en sentido estricto, la obligación de educar está constituida por el ejercicio de esta obligación, realizando actividades encaminadas al desarrollo generalizado del menor.

Así, el tratadista Lehmann también opina: "La educación es influencia psíquica con el fin de capacitar al hijo - corporal, espiritual y socialmente, de acuerdo con sus aficiones y aptitudes y en armonía con las circunstancias".⁽⁷⁷⁾

Es objeto primario educar al menor, tomando como base sus inclinaciones y aptitudes; y aunque el numeral 440 del -- Código Civil para el Distrito Federal no lo señala expresamente, el menor puede impugnar la elección de los padres, mediante un tutor nombrado por el juez, de la profesión o actividad que desean que sigan sus hijos. Sería inútil, por ejemplo, - obligar al hijo a estudiar Arquitectura, cuando tiene más facilidad de comprender el Derecho.

La interpretación del párrafo primero del numeral 422 de nuestro Ordenamiento Civil debe encaminarse, con respecto a la palabra "convenientemente", no sólo a las condiciones -- adecuadas del lugar donde recibirá la educación, la forma de

(77) Lehmann, Heinrich. Derecho de Familia. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1953. pág. 309.

transmitírsela o si es pública o privada, según las posibilidades de los padres, sino a las inclinaciones propias del menor. Conveniente en el sentido de que el hijo se sienta satisfecho estudiando lo que él quiere; según la vocación que sienta, sin intentar imponerle estudios diferentes a sus aspiraciones desviando su interés de una profesión para la que tiene facilidades.

El comentario anterior se refiere al precepto 422 del Código Civil para el Distrito Federal que reglamenta: "A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente".

Al respecto, Ricardo Couto nos comenta: "Esta interpretación del texto legal transcrito nos parece tanto más jurídica, cuanto que pone a dicho texto en armonía con los más sanos principios de la razón, pues si lógico es que los padres ejerzan una poderosa influencia sobre el porvenir intelectual de sus hijos, no lo es menos que éstos tengan también una gran intervención en la decisión de ese porvenir, que le es propio". (78)

El hecho de que los hijos se encuentren bajo la patria potestad, no les quita el derecho de elegir su futuro. Tienen la facultad de decidir que es lo que más les conviene, en lo que a educación se refiere.

(78) Couto, Ricardo. Op. cit. pág. 302.

Entra aquí la obligación del menor, mencionada anteriormente, de permanecer en la casa de los que bajo la patria potestad se encuentra. Si el menor no vive con los padres, éstos no pueden cumplir con el deber de educarlo.

La cultura, o sea, la educación, en general es muy amplia. El ser humano es el único ser viviente privilegiado que ha logrado heredar una serie de concepciones de la vida, formas de pensar y valorar las cosas, maneras de sentir y de expresarse, iniciativa para la creación de satisfactores necesarios para vivir cada vez mejor, además de encontrar soluciones para cada uno de los obstáculos que se le presentan.

La cultura se adquiere en el seno familiar, en la escuela, en el trabajo o al alternar con la sociedad.

"Una parte de la cultura se recibe a través de la educación formal o escolar, a la que nos referimos como derecho en el sentido de que toda persona tiene derecho a la educación, y que ésta debe ser gratuita en lo que respecta a la instrucción elemental."(79)

No existe situación alguna en la cual se encuentre un individuo, y pierda el derecho a la educación. Es de los pocos derechos que nunca llegan a perderse.

(79) Chávez Asencio, Manuel F. Op. cit. pág. 414.

La educación también se reglamenta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, suscrita el 10 de Diciembre de 1948, en la Asamblea General de las Naciones Unidas y publicada por la misma, en su artículo 26 al establecer: - - "1.- Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo que concierne a la instrucción elemental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2.- La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3.- Los padres tendrán el derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos".

Hay que hacer notar que, a pesar de que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos quedó definido el principio de que los padres tienen el derecho de escoger el tipo de educación que habrán de darle a sus hijos, y no obstante que México la suscribió, en nuestra Constitución Política se

dice que la educación se mantendrá alejada de cualquier religión. A los padres se les da a elegir un solo tipo de educación.

Al ser la educación obligatoria y suficiente para que el menor, llegado el momento, tenga una base sólida para desarrollarse como profesionista u hombre productivo y de bien, implica que los padres deban tenerla asegurada, garantizada.

Lamentablemente la mayoría, si no es que la totalidad de los centros educativos, se encuentran situados dentro de las grandes ciudades quedando, en cierta forma, marginados los niños que habitan la numerosa comunidad rural, es decir, hay desigualdad de oportunidades en el renglón enseñanza, existiendo en México un gran porcentaje de analfabetismo en la población del Agro.

Igualmente, no hay manera de garantizar, de una forma completa, la educación; ésto es, la falta de una enseñanza religiosa o moral necesaria de acuerdo a las características personales de cada individuo.

La educación moral es tan necesaria como la elemental, es ésta la educación conveniente; y Castán Vázquez hace referencia a este tipo de educación comentando: "Día a día adquiere más relieve el deber de los padres de inculcar una sana formación moral a los hijos. Los estudios, cada vez más --

numerosos acerca de la delincuencia infantil y juvenil, demuestran la importancia de la moralidad del ambiente y la --
 eficacia del ejemplo familiar". (80)

Es necesario inculcar en el menor una conciencia moral bastante sólida, capaz de soportar la tentación de caer en conductas erróneas, que le sirvan de guía para conducirse adecuadamente durante toda su vida.

El contenido de la educación, al igual que lo señala La Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo define la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 3 fracción I, al decir que "tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria y la conciencia de -
 solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia".

Esta obligación de los padres es en el sentido de ---
 "educar a sus hijos de acuerdo con las propias tradiciones y valores religiosos y culturales con los instrumentos, medios o instituciones necesarias". (81)

(80) Castán Vázquez, José Ma. Op. cit. pág. 202.

(81) Chávez Asencio, Manuel F. Op. cit. pág. 415.

También se debe inculcar la educación cívica, de la -- cual nos habla el doctrinario Castán Vázquez: "La educación de los padres debe, así mismo, inculcar en los hijos un espíritu cívico que los convierta en buenos miembros de la sociedad". (82)

Se debe infundir en los menores el respeto a la bandera, al himno nacional, a la patria, así como a ellos mismos.

La educación física es otro tipo importante de instrucción, el cual debe ejercitarse abierta y plenamente para el buen desarrollo físico y mental del menor, su mejor aprendizaje y una vida sana.

Siguiendo con la educación, refiriéndonos a los ascendientes, éstos deben observar una conducta que sirva de ejemplo a los menores.

La educación no debe limitarse a los padres por la -- obligación de mandarlos a la escuela, sino que debe extenderse al Gobierno, en el sentido de que restrinja la circulación de películas y publicaciones pornográficas; citamos aquí a -- Antonio de Ibarrola: "La circulación que se permite en nuestra patria de revistas pornográficas, altamente nocivas y virulentas en todos sentidos viene a causar, a nuestra infancia,

(82) Castán Vázquez, José Ma. Op. cit. pág. 207.

daños la mayor parte de las veces irreparables". (83)

Los padres, en caso de presentarse obstáculos al tratar de educar a sus hijos, podrán pedir auxilio a las autoridades competentes, las que se lo darán haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente.

Además de dichas autoridades, los padres podrán pedir auxilio a todo tipo de personas, como son: médicos, pedagogos, educadores, psicólogos y sacerdotes.

El incumplimiento al deber de educar genera responsabilidad civil, que será designada y aplicada por el Ministerio Público después de que el Consejo Tutelar le dé aviso de tal incumplimiento, que generalmente es la pérdida de la patria potestad (artículo 444, fracción III del Código Civil para el Distrito Federal).

La educación, día con día, toma mayor relevancia. En el transcurso del tiempo, el individuo ha tomado conciencia de que debe prepararse cada vez más, a causa de la gran cantidad de población y de la escasez de fuentes de trabajo.

(83) Ibarrola, Antonio de. Derecho de Familia. Edit. Porrúa, S.A. México. 2a. ed. 1981. pág. 452.

Sin embargo, es menester señalar que existe una gran población profesional que, por tener una ineficiente preparación intelectual, se encuentra con un desempleo en su ámbito; de allí que resulta también interesante preparar técnicos competentes, en lugar de profesionistas.

El educar al menor lleva implícito el poder de corrección, tema que, como ya dijimos, lo trataremos en el siguiente capítulo.

LOS ALIMENTOS

Jurídicamente hablando, la terminología de "alimentos" debe entenderse como "todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra -por la Ley, declaración judicial o --convenio-, para atender a su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción".⁽⁸⁴⁾

Rojina Villegas los define como "la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista, para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco --consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos".⁽⁸⁵⁾ Cabe señalar, y es importante aclarar, que el deber de dar alimentos nace también de la adopción.

(84) Enciclopedia Jurídica Omeba. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. Tomo I. 1967. pág. 645.

(85) Rojina Villegas, Rafael. Op. cit. pág. 261.

Como característica tenemos que los alimentos no dependen de la voluntad de las personas. Tanto el acreedor como el deudor alimentista, están imposibilitados para disponer de los alimentos arbitrariamente; esto es, que el deudor los proporcione incompletos, o que el acreedor los pida en exceso.

El derecho de recibir alimentos es irrenunciable, tampoco puede ser objeto de transacción alguna (artículo 321 del Código Civil para el Distrito Federal).

Los alimentos están exentos de embargo, debido a que nadie puede ser privado de lo indispensable para vivir; tampoco son compensables, según el artículo 2192 que dice: "La compensación no tendrá lugar: III. Si una de las deudas fuere por alimentos". Además, están fuera de todo comercio, son imprescriptibles e intransmisibles; esto es, no se pierde por el mero transcurso del tiempo la obligación de proporcionarlos ni el derecho de percibirlos, ni se pueden transmitir.

El deber de dar alimentos no se funda en la patria potestad, sino que se genera a raíz del parentesco, ya que no se extingue por la mayoría de edad del hijo.

La obligación de dar alimentos la contempla el Código Civil para el Distrito Federal, en su numeral 303, preceptuando: "Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae

en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren -- más próximos de grado".

Los hijos también están obligados a dar alimentos a los padres; a falta de los primeros, estarán obligados los descendientes más próximos de grado. Si ascendientes y descendientes están imposibilitados para ello, tendrán la obligación los hermanos tanto del padre como de la madre; si tam poco pueden éstos, solamente los de la madre, y en defecto de ellos sólo los del padre.

Si los anteriores parientes no pudieron ministrar alimentos, la obligación pasa a los parientes colaterales dentro del 4o. grado (art. 305 del Código Civil para el Distrito -- Federal).

Los hermanos y demás parientes colaterales a que se refiere el artículo anterior, están obligados a proporcionar los alimentos a los menores de edad, al igual que a los parientes, dentro del mismo grado, si fueren incapaces.

Los alimentos comprenden, según el artículo 308 del -- Código Sustantivo invocado:

- I. La comida;
- II. El vestido;
- III. La habitación;
- IV. La asistencia en caso de enfermedad.

Los alimentos, por sí solos, no incluyen a la educación; no obstante, cuando éstos se le deben al menor sujeto a la patria potestad, la educación también es incorporada a los alimentos.

La obligación de alimentar al hijo, no comprende el de dotarlo de dinero para ejercer el oficio, arte o profesión a que se hubiere dedicado.

El hecho de que los que ejercen la patria potestad no puedan proporcionar los alimentos, justificadamente, no implica la pérdida de la misma.

Existen, en México, dos maneras de cumplir con la obligación de dar alimentos; éstas son: a) Mediante el pago de una pensión alimenticia y b) incorporando el deudor al acreedor en su casa; ésto con el fin de proporcionarle todos los elementos que constituyen los alimentos.

La obligación de alimentar no tiene más límite que la posibilidad del que debe darlos y la necesidad del que debe recibirlos, sin importar si es padre o hijo.

Cabe señalar que la obligación de dar alimentos no termina con la mayoría de edad del acreedor alimentista, en el caso a estudio, del hijo, sino la carga de la prueba es para el deudor alimentista de demostrar que el acreedor no

los necesita. Así lo ha determinado el Alto Tribunal, en --
diversas Tesis Jurisprudenciales, que a manera de ilustra--
ción se transcribe a continuación: "Dentro de las causales
para la suspensión de la obligación de dar alimentos a que -
se refiere el artículo 374 del Código Civil del Estado de --
Guanajuato, no se encuentra expresamente la consistente en -
que el hijo haya llegado a la mayoría de edad; y aún cuando
pudiera interpretarse la fracción II de dicho artículo 374
en relación con el artículo 496, fracción III, del mismo ---
Código, que la patria potestad se acaba por la mayor edad --
del hijo y con ello concluye la obligación de darle alimen--
tos, en virtud de que al llegar a la mayoría de edad se supo
ne que goza de absoluta independencia para disponer tanto de
sus bienes como de su persona por disposición expresa de la
Ley Civil, y esta independencia también supone su capacidad
física, económica y jurídica para ser autosuficiente a efec-
to de allegarse los alimentos que necesite para su subsisten
cia; sin embargo, por ser los alimentos a los hijos un pro-
blema de orden público, ya que la sociedad se encuentra in-
teresada en toda cuestión familiar, debe considerarse que --
por el solo hecho de llegar a la mayoría de edad no debe sus-
penderse la obligación de suministrar aquellos, sino que en
cada caso, deben examinarse las circunstancias en que se en-
cuentren los hijos al llegar a esa edad, para saber si siguen
necesitando alimentos; por tanto, cabe concluir que el padre
tiene la obligación de dar alimentos a sus hijos, sin límite
de edad, y éstos tienen la presunción de necesitarlos, salvo

prueba en contrario, y la obligación cesa cuando el juzgador tiene el pleno convencimiento de que deben suspenderse, por llenarse los extremos expresados que señalan las distintas fracciones del artículo 574 citado, y no por el solo hecho de haber cumplido los dieciocho años de edad".

Amparo directo 3248/1976. Miguel Estrada Romero. Marzo 11 de 1977. Mayoría de 4 votos. Ponente: - Mtro. Raúl Lozano Ramírez. 3a. SALA Informe 1977 SEGUNDA PARTE, tesis 17, Pág. 55.

En el caso de que el padre disfrute de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de esa mitad; si no alcanzara a cubrirlos -- esa cantidad, el exceso correrá por cuenta del ascendiente -- en cuestión (artículo 319 del Código Civil para el Distrito Federal).

La obligación de dar alimentos termina:

- 1.- Cuando el deudor alimentista carece de medios para cumplirla;
- 2.- En el momento en que, a juicio del juez, el acreedor alimentista ya no los necesita;
- 3.- Al instante de que el acreedor alimentista incurra en injuria, faltas o daños graves en contra del que suministra los alimentos;
- 4.- Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa del alimentista, o de la falta de aplicación al trabajo de éste, si continúan estas causas.

5.- En el caso de que el alimentista abandone la casa del que deba dar los alimentos, sin consentimiento de éste - último y sin justificación alguna.

Como hemos visto, los alimentos están asegurados legalmente para quienes los necesitan. No existe forma de el dir esta obligación mientras se deban dar, que la Ley no haya previsto.

LA DESIGNACION DEL DOMICILIO

Entiendase por domicilio el lugar donde habitualmente se vive. El domicilio legal de una persona, según el numeral 31 del Ordenamiento Civil citado, "es el lugar donde la Ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no -- esté ahí presente".

Ahora bien, el domicilio legal del menor lo señala el artículo 32, fracción I del mismo Ordenamiento al preceptuar que "será el de la persona a cuya patria potestad esté sujeto". El hijo, durante todo el ejercicio de la patria potestad, está obligado a vivir en la casa de los padres en tanto éstos no den su consentimiento de abandonarla; también pueden dejarla si la autoridad competente lo autoriza, siempre y cuando el motivo de la salida del hijo esté plenamente jus tificado.

Igualmente, los ascendientes que ejerzan esta Institución, para el mejor cumplimiento de sus obligaciones, tienen el derecho-deber de vivir con los menores, de convivir con ellos; esta medida hace más efectiva la verificación de estas obligaciones.

EL NOMBRAMIENTO DEL TUTOR TESTAMENTARIO

La tutela, ya explicada anteriormente, es la figura jurídica que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes, o solamente los segundos, de los que no están bajo la patria potestad y son incapaces, natural y legalmente, para gobernarse por sí mismos. También se puede dar en los casos especiales que marque la Ley, de representación interina del incapaz. El tutor es la persona que se encarga de ejecutar la tutela.

La tutela puede darse en tres formas, a saber: tutela legítima, dativa o testamentaria.

La tutela legítima tiene lugar (art. 482 de el Código Civil para el Distrito Federal):

I. Cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario;

II. Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

Esta corresponde a los hermanos, teniéndose preferencia a los que lo sean por ambas líneas; cuando falten o estén incapacitados éstos, entrarán a ejercerla los demás colaterales hasta el 4o. grado.

Si hubiere varios parientes del mismo grado el juez está facultado para elegir al más apto; sin embargo, si el menor ha cumplido los 16 años él se encargará de la elección.

La tutela dativa opera cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien, conforme a la Ley, corresponda la tutela legítima, y; cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su cargo y no hay ningún hermano o pariente colateral. Lo designará el menor si hubiera cumplido 16 años, y si el juez de lo Familiar no tiene justa causa para reprobársela, la confirmará.

Si el menor no ha cumplido los 16 años, el nombramiento lo hará el juez de lo Familiar de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público, debiendo comprobar la honorabilidad de la persona elegida.

Habiendo definido y clasificado la tutela, analicemos ahora el nombramiento del tutor testamentario.

La tutela testamentaria es la que se origina en la autoridad conferida al ascendiente que sobrevive, aunque fuere - - menor, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria -- potestad, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre - quienes la ejerzan, con inclusión del hijo póstumo.

Los ascendientes de ulteriores grados, tal como lo preceptúe el numeral 471 de nuestro Código Sustantivo invocado, - quedan excluidos para ejercer la patria potestad. Los ulteriores grados son las generaciones que vendrán despúes del nombramiento del tutor testamentario.

Si el testador dispuesto expresamente que la tutela - - continúe, los ascendientes que quedaron excluidos, si estuvieran incapacitados o ausentes, la tutela no cesará aunque los impedimentos terminasen o se presentaren los ascendientes.

El padre de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, podrá nombrarle tutor testamentario si la madre ha fallecido o no puede, legalmente, ejercer la tutela; la madre, en su caso, podrá hacer lo mismo. Si no convergen las características anteriores, no habrá tutela testamentaria del incapacitado.

La interdicción es el estado jurídico guardado por las personas que son menores de edad, y las mayores de edad también, al estar locos, idiotas o imbéciles (deficiencias mental

les), o sordo-mudos.

Es necesario nombrarle tutor testamentario al menor, cuando se encuentra en estado de interdicción, al morir cualquiera de los ascendientes que ejercen la patria potestad, si el otro ha fallecido o legalmente no puede ejercer la tutela.

Normalmente, al morir alguno de los padres, el otro continúa con la patria potestad. Sin embargo, al estar el menor sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, y habiendo muerto el otro progenitor o por considerarse legalmente impedido para ejercerla, es menester nombrarle tutor testamentario para protegerlo y cuidar de él.

Es necesario observar todas las condiciones y limitaciones que el testador haya dispuesto, siempre y cuando no contravengan a las leyes; en caso contrario el juez, oyendo al tutor y al curador, las estime dañosas a los menores, en cuyo caso podrá dispensarlas o modificarlas.

Si ocurriese el caso de nombrar a varios tutores, el primero en la lista será el encargado de comenzar la tutela testamentaria; si llegase a morir, caer en incapacidad legal, excusarse o ser removido de dicho cargo, y conforme al orden en que los haya inscrito, lo substituirán los demás nombrados.

No será así, en el caso de que el testador haya dispuesto el orden en que deban ejercer la tutela.

Respecto al hijo adoptivo, la tutela testamentaria regirá en éste en las mismas condiciones, como si fuera hijo legítimo.

La tutela testamentaria ofrece una de las mayores protecciones al menor, si se toma en cuenta que los ascendientes son los más indicados para decidir quien será el sujeto que lo va a cuidar, independientemente de la opinión del o de los que lo quieran tener bajo su protección.

Como hemos visto, la educación, los alimentos, la designación del domicilio y el nombramiento de tutor testamentario son derechos y obligaciones inherentes a la persona de los padres, prerrogativas y cargas que no es fácil desempeñar. Ninguna de ellas es delegable sin justificación válida; es su deber ejecutarlas, conforme a la Ley, en favor del menor.

3.4. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS HIJOS CON RESPECTO A LOS PADRES.

Con respecto a los derechos de los hijos, éstos son los deberes de los padres, de los cuales hablamos ya en el punto anterior.

Al referirnos a las obligaciones del menor diremos que, en realidad, son pocas.

Comencemos por comentar el artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual textualmente señala: "Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

Como ya dijimos dentro del subtema "Sujetos activos y pasivos", el artículo 411 es de naturaleza completamente moral, siendo éste el deber supremo de los hijos, aunque lamentablemente incoercible.

Esta obligación es resultado, no de la patria potestad, sino de la calidad misma de hijo, de la filiación. Además, -- como dice el citado artículo, el deber de honor y respeto no se limita únicamente a los padres, sino a todos los demás ascendientes y, al interpretar dicho artículo, se refiere a los ascendientes en cualquier línea.

Al hablar de los ascendientes en cualquier linea, éstos son en linea recta (padres, abuelos, bisabuelos, etc.), y los colaterales (tíos, tíos abuelos, etc.). Esta disposición, con sideramos, debería abarcar también a los hermanos, primos y -- demás parientes, al tomar en cuenta que el respeto necesita -- existir entre todos los parientes, dentro de la familia en general.

También están obligados, los menores de edad no emancipados, a no abandonar la casa de los que ejercen la patria potestad sin permiso de éstos o por decreto de la autoridad facultada para estos casos; de esta forma, el menor debe cohabitar la casa de los padres, o de uno o de otro en los casos de divorcio.

Esta cohabitación consiste, más que nada, en la convivencia entre padres e hijos. La convivencia armoniza y ayuda considerablemente a la educación y desarrollo de los menores.

El numeral 304 del Código Civil para el Distrito Federal señala otra obligación a cargo del menor, preceptuando: -- "Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres".

El citado artículo no indica si están obligados los hijos menores de edad; no obstante se deduce, siendo que puede -- darse el caso de que un menor de edad tenga la necesidad de -- trabajar a falta o por imposibilidad del padre, que sobre el --

primero recaiga la responsabilidad de dar alimentos al segundo. Al respecto, el artículo 301 del mismo Ordenamiento civil bien dice: "La obligación de dar alimentos es recíproca. El que -- los da tiene a su vez el derecho de pedirlos".

Así como tiene derechos y obligaciones, el menor tam--- bién tiene una prohibición.

Dicha prohibición es la que contempla el numeral 424 -- del Código Sustantivo invocado, que a la letra estatuye: "El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en -- juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consenti--- miento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez".

El hijo, por no tener capacidad jurídica para ejercer - sus derechos, está incapacitado para contraer obligaciones de la naturaleza que fuere, si no cuenta con la autorización ex-- presa de los que a su cuidado esté. Si uno de ellos le diera autorización y el otro no, el juez resolverá de acuerdo a lo - que le convenga al menor.

Los derechos de los que goza el hijo menor de edad no - emancipado, no son más que las obligaciones de los ascendien-- tes que bajo su cuidado está, los cuales ya analizamos.

Las obligaciones de los menores son mínimas gracias a -
que el ejercicio de la patria potestad corre a cargo de los -
padres. Los progenitores son los que tienen las obligaciones
en el desempeño de la Institución en estudio.

3.5. EL MINISTERIO PÚBLICO COMO ELEMENTO PROTECTOR EN LA PATRIA POTESTAD.

Para determinar como protege el Ministerio Público a la patria potestad, es necesario definir el concepto de Ministerio Público.

Para el tratadista Colín Sánchez, el Ministerio Público "es una institución dependiente de el Estado (Poder Ejecutivo) que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignen las leyes".⁽⁸⁶⁾

El Ministerio Público es el ente jurídico que representa los más altos valores morales, sociales y materiales del Estado y de la sociedad, siendo producto del Poder Ejecutivo y dependiente de éste. El Dr. Sergio García Ramírez apoya tal definición.

La fuerza que mueve la actuación del Ministerio Público se basa en cinco principios, fundamentados en la Ley, que son:

(86) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Edit. Porrúa, S.A. México. 8a. ed. 1984. - -
pág. 86.

1.- Es único o jerárquico. Esto es en base a la fuerza de mando del Procurador; los agentes del Ministerio Público -- solamente son la extensión de este mando, auxiliando al Procurador en representación única.

2.- Es indivisible. Los funcionarios no actúan a nombre propio, sino a nombre exclusivamente de la Institución.

3.- Es independiente, en relación al Poder Judicial y al Ejecutivo; administra justicia de acuerdo a su ciencia y su conciencia, sin que esté sujeto a consignas o directrices de los órganos de los demás poderes del Estado, o de los órganos superiores del Poder Ejecutivo.

4.- Es irrecusable. No quiere decir que, en lo particular, sus funciones abarquen el conocer indiscriminadamente -- cualquier asunto que se someta a su consideración. Debe excusarse en los mismos supuestos en que han de hacerlo los juzgadores.

5.- Es irresponsable. Como tal, no incurre en responsabilidad, más si pueden caer en ella los funcionarios que la -- encarnan, al desempeñar la triple proyección civil, disciplinaria y penal, y los Procuradores General de la República y General de Justicia del Distrito Federal en responsabilidad políti

ca. (artículo 110 Constitucional). (87)

La función del Ministerio Público tiene como cimiento el poder jerárquico, la indivisibilidad, la independencia, la irrecusabilidad y la irresponsabilidad. Este conjunto de características son las que le dan facultades muy amplias, con el fin de resolver todos los asuntos que a él le conciernen.

Las atribuciones con las que cuenta el Ministerio Público, las que interesan en este momento, son las de tener participación que las leyes acuerden sobre cuestiones familiares.

La función más importante que realiza el Ministerio Público, socialmente hablando, la lleva a cabo dentro de la materia civil.

En el Derecho Penal es más lógica la actuación del Ministerio Público por tener, el procedimiento penal, un carácter público; y es normal la existencia de un órgano del poder público, al cual se le delegue el ejercicio de la acción penal.

Dentro del Derecho Civil, por el contrario, se manejan intereses de carácter privado; aquí, la función del Ministerio Público no se limita a defender el interés público que

(87) García Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal. Edit. Porrúa, S.A. México. 4a. ed. 1983. pág. 246.

pudiera verse afectado; también vela por los intereses de los que no se encuentran en posición de defenderse como pueden -- ser ausentes, incapaces o desvalidos.

Así, el Ministerio Público mantiene un papel más im---portante en el Derecho Civil que en el Penal.

Esta institución interviene, en materia civil, sólo en los casos en que expresamente se lo permite la Ley, hasta donde y con la personalidad que la misma le designe.

Por otra parte, el Ministerio Público no siempre interviene con el mismo carácter; esto es, puede intervenir:

- 1.- Como parte principal, ya sea como actor o como -- demandado;
- 2.- Como tercero opositor, es decir, como un opinante social.

Con respecto al primero, el hecho de que el Ministerio Público representa al actor o al demandado, no significa que esta institución sea parte del proceso, de manera substancial. Interviene cumpliendo un deber impuesto por la Ley.

Al proteger un interés particular, como sería el de un incapaz, el Ministerio Público actúa bajo una función tutelar social a través de un interés privado, función atribuida por la necesidad y por las leyes.

El Ministerio Público también puede intervenir en el juicio civil como tercero opositor, oyéndosele en aquellos juicios en que las leyes expresamente lo faculten.

La patria potestad, siendo una institución de orden público, es razón suficiente para permitir la intervención del Ministerio Público, con el fin de que exprese su opinión en el juicio que se suscite, salvoguardando los intereses que convienen al buen orden social.

Dentro del juicio civil, concretamente en relación a la patria potestad, el Ministerio Público tiene como obligaciones:

1.- Intervenir en la educación del hijo, promoviendo lo conducente en contra de los que ejercen la patria potestad, por no proporcionarle al primero una educación conveniente -- (artículo 422, párrafo 2, Código Civil para el Distrito Federal).

2.- Pedir el aseguramiento de alimentos de los menores (artículo 315, fracción V del mismo Ordenamiento).

3.- Aceptar o no la pensión alimenticia fijada en favor de los hijos, tanto en los casos de divorcio como en el juicio de alimentos. Si al parecer del Ministerio Público, la cantidad fijada no satisface las necesidades del menor, el primero puede solicitar un aumento en la pensión alimenticia para que alcance a cubrir los menesteres del hijo.

4.- Con respecto al artículo 423 del Código Sustantivo invocado, éste podría interpretarse en el sentido de que el -- Ministerio Público es una de las autoridades auxiliadoras de -- los padres para corregir a los hijos, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presenten el apoyo suficiente.

5.- También, el Ministerio Público puede tomar las medidas necesarias, a petición de las personas interesadas, para -- impedir que los bienes de los hijos se derrochen o se disminuyan por la mala administración de quienes ejecutan la patria -- potestad, al igual que participa en la calificación de la excu -- sa de la patria potestad en los casos del artículo 448 del -- Ordenamiento civil citado (artículo 938, fracción III del Códig -- o de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

6.- El Ministerio Público, a falta del consentimiento -- del que o de los que ejercen la patria potestad o la tutela, -- interviene en el reconocimiento, por parte de un menor, del -- hijo de éste. Además, interviene en lo concerniente al recono -- cimiento, en el mismo acto, del menor por parte de los padres que no viven juntos, si éstos no deciden quien ejercerá la cus -- todia, siendo oído el Ministerio Público y los padres por el -- juez de lo Familiar.

7.- Tiene participación cuando se decreta el depósito -- de menores o incapacitados que se hallen sujetos a la patria -- potestad o a tutela y que fueren maltratados por sus padres o

tutores, o reciban de éstos ejemplos perniciosos a juicio del juez, o sean obligados por ellos a cometer actos reprobados -- por las leyes; de huérfanos o incapacitados que queden en abandono por la muerte, ausencia o incapacidad física de la persona a cuyo cargo estuvieren (artículo 939, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

8.- Interviene en los juicios de divorcio por mutuo consentimiento, velando por la situación y derechos de los hijos que se hayan procreado (artículo 675 y 676 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

9.- Podrá oponerse al convenio celebrado por los cónyuges que se divorcian por mutuo consentimiento, si considera -- que viola los derechos de los hijos o que no los garantiza plenamente.

Por último, conforme a lo preceptuado en el numeral -- 895, fracción II del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el Ministerio Público será oído precisamente cuando se refiera a la persona o bienes de menores o incapacitados.

En ningún caso el Ministerio Público podrá actuar de -- oficio en materia familiar, salvo los específicamente señalados por la Ley.

El Ministerio Público no tiene, dentro del ámbito civil y familiar, funciones autoritarias. Por ello, como señala el doctrinario Becerra Bautista, "sus peticiones deben ser aceptadas o rechazadas por los jueces, según estén o no ajustadas a derecho. En otras palabras, el Ministerio Público no tiene -- funciones decisorias en los juicios, sino únicamente puede pedir lo que a su presentación corresponda, pudiendo el juez -- obrar con absoluta independencia respecto a la petición respectiva". (88)

El Ministerio Público interviene en la patria potestad, debido a que el cuidado y bienestar del menor es de orden público (artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), el cual carece de defensa propia.

De lo anterior, podemos concluir que los hijos, independientemente de los derechos y protección que les otorga la Ley, gozan de la vigilancia del Ministerio Público. Esta institución se encarga de corregir, con ayuda de las autoridades competentes, toda anomalía detectada dentro del ejercicio de la patria potestad.

Para finalizar, señalaremos las características de este subtema que son, a saber:

(88) Citado en García Ramírez, Sergio. Op. cit. pág. 262.

1.- El Ministerio Público es una institución representativa de todos los valores del Estado y de la sociedad, creado y dependiente del Poder Ejecutivo.

2.- La función del Ministerio Público reposa en el poder jerárquico, la indivisibilidad, la independencia, la irrecusabilidad y la irresponsabilidad.

3.- Interviene, tanto en el Derecho Civil como en el Penal.

4.- Su intervención en la patria potestad se justifica en el hecho de que esta institución es de orden público.

5.- Puede actuar como parte en el juicio, o como tercero opositor.

6.- El Ministerio Público sólo interviene en los casos expresos señalados por la Ley, nunca lo hará de oficio.

C A P Í T U L O I V

EFFECTOS SOCIALES DE LA PATRIA POTESTAD

4.1. EFECTOS EN RELACION A LA PERSONA DEL MENOR.

4.1.a. LA GUARDA.

El derecho de guarda o derecho de vigilancia que ostentan los padres con respecto al hijo menor de edad, en ejercicio de la patria potestad, se desprende de la obligación de educar al menor, deber ya comentado.

Este derecho de guarda implica, necesariamente, el que el menor no abandone la casa de los depositarios de la patria potestad.

El padre puede hacer que el hijo regrese a la casa - - paterna, en caso de que el segundo la abandone injustificadamente.

El hecho de que sólo uno de los padres tenga la guarda del hijo, no quiere decir que el otro haya perdido la patria potestad. Esta situación, que sólo el padre o la madre tengan la guarda del hijo, se presenta claramente en los casos - de divorcio que, en algunas situaciones, sí implica la pérdida de la patria potestad. Con respecto a ésto, el Mtro. Gallindo Garfias y la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos explican:

"La guarda del hijo, es un medio de protección material y es el elemento de hecho, en casos determinados; la no existencia de la guarda material de la persona del hijo, no afecta al concepto jurídico de "patria potestad". La Suprema - Corte de Justicia de la Nación ha señalado claramente la distinción entre la guarda o custodia del hijo que en casos de divorcio, puede quedar encomendado a uno de los dos cónyuges, sin perjuicio de que ambos ejerzan la patria potestad: "La -- guarda del menor hijo, implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en -- la satisfacción de todas sus necesidades..." (89)

Siendo una de las principales características de la -- patria potestad, la guarda reviste gran importancia.

Si bien es cierto que todas las obligaciones derivadas de esta figura son relevantes, la guarda lo es aún más, tomando en consideración que cuidar y proteger al menor es su objetivo.

(89) Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. pág. 679 y 680.

La educación, la representación y demás deberes, excepto el alimentario, hasta cierto punto, son secundarios. Sería ilógico educar o representar al hijo, sin antes protegerlo.

El efecto social de la guarda, es el que la comunidad ha tomado conciencia de la importancia que acarrea el proteger al menor.

La guarda la deben desempeñar los que ejercen la patria potestad, pero con ayuda de toda la sociedad; de tal forma que cualquier irregularidad detectada, al momento de ejercerla, - podrá ser remitida a los Consejos Locales de Tutela, los cuales avisarán al Ministerio Público para que actúe, con base a derecho, a favor del hijo, promoviendo lo que corresponda.

La patria potestad, como lo hemos señalado con antelación, es una figura de carácter público. De este modo, siendo la guarda una primicia, al igual que la protección del menor, de dicha figura, debe ser aplicada con la mayor de las precauciones, en vista de que está resguardada por el Estado y la sociedad, al vigilar su exacto y debido cumplimiento. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, esta figura no se encuentra debidamente regulada por el Código Civil mexicano, ya que como es sabido en caso de divorcio voluntario, la guarda es sujeta a transacción de los divorciantes, sin tomar

en cuenta las situaciones económicas, morales y sociales de la persona en quien se deposita, puesto que en muchos casos nos encontramos que la guarda es depositada en el divorciante menos apto para ejercerla.

Por todo lo anterior, consideramos pertinente señalar que el juez Familiar, apoyado del Ministerio Público debe realizar un estudio socioeconómico a fin de encontrarse en posibilidades de designar, sin equivocación alguna, que persona (padre o madre) debe ejercer la guarda del menor, y no dejar al arbitrio de los divorciantes ese derecho, que en muchas ocasiones es perjudicial para el incapaz.

La anterior sugerencia resulta interesante, si tomamos en cuenta que nuestro Ordenamiento civil simplemente señala que la madre, al tratarse de niños menores de siete años, tendrá la guarda.

4.1.b. LA REPRESENTACION

Este nombre se le da a la figura, en virtud de la cual, una persona realiza un acto jurídico a nombre de otra, ocupando su lugar; y debido a que los menores de edad son incapaces para ejercer, por sí mismos, sus derechos, los que ejercen - la patria potestad son, hasta la mayoría de edad de los primeros, los representantes legales de éstos.

La patria potestad implica la representación de la persona del menor y la administración de sus bienes. Al respecto, el artículo 425 del Código Civil para el Distrito Federal señala que "Los que ejercen la patria potestad son los legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este código".

La administración legal de los bienes del menor la analizaremos más adelante. Por lo pronto, diremos que es el - - buen manejo de estos bienes por parte de los que ejercen la - patria potestad.

La representación consiste en que el padre actuará a - nombre de los hijos en juicio, quedándole prohibido celebrar cualquier arreglo para finiquitarlo sin aprobación del otro - cónyuge. Es necesario también contar con la autorización ---

judicial, para los casos en que la Ley así lo ordene expresamente.

La representación tiene como base la falta de capacidad procesal del menor, la cual podríamos explicar como la -- facultad de obra en juicio; esto es, para realizar actos procesales en nombre propio, o en representación a favor de otro, como el caso en estudio.

La falta de capacidad procesal del hijo, nace de su -- menor edad. La capacidad procesal y, en general, la capacidad de ejercicio, la ostenta un individuo al cumplir los 18 -- años, la ya explicada mayoría de edad.

La aprobación del cónyuge para que el otro pueda terminar algún juicio en el que se encuentre el menor, se debe a -- que, no obstante que sólo uno de los progenitores lo representa, la patria potestad corre a cargo de los dos, y en conjunto deben tomar las decisiones que le atañen al descendiente.

La autorización judicial que requiere la Ley, en los -- casos de representación es, por ejemplo, la que se pide cuando los que ejercen la patria potestad van a enajenar o gravar alguno de los bienes inmuebles o muebles preciosos pertenecientes al hijo, siempre que se trate de absoluta necesidad o de evidente beneficio para el menor (artículo 436 del Código Civil para el Distrito Federal).

Los representantes legales tienen libre poder para pleitos y cobranzas, actos de administración y de dominio. Asimismo, actúan cuando el menor desea adquirir la posesión de una cosa y disfrutar de ella.

Los actos de dominio, dentro de la patria potestad, son los que señalan los artículos 436 y 437 del Código Sustantivo invocado.

El primero prohíbe a los padres enajenar o gravar, de ningún modo, los bienes inmuebles y los bienes muebles preciosos del menor, sino a causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez competente.

También tienen prohibido celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, así como recibir la renta anticipada por más de dos años; no podrán vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados por menos del valor cotizado en la plaza el día de la venta; hacer donaciones de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos.

La fianza la define nuestro Ordenamiento civil como "un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace". En el caso en estudio, será para asegurar el cumplimiento de una obligación.

Este numeral se considera como acto de dominio, en razón de que esa actuación afecta a los bienes del menor, sobre los cuales éste tiene la pertenencia; y es por eso que se requiere la autorización judicial, los padres sólo los administran; no se puede decidir sobre lo que no es propio.

El artículo 437 del mismo Ordenamiento, preceptúa que si el juez otorga la autorización a los ascendientes para enajenar algún bien del menor, él mismo deberá tomar todas las medidas que considere convenientes para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto que se había destinado, y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor. Para ésto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, no pudiendo disponer de él la persona que ejerce la patria potestad sin orden judicial.

La hipoteca es el contrato en virtud del cual, el deudor garantiza el cumplimiento de una obligación principal con sus bienes.

Los facultados para ejecutar la patria potestad tienen libre poder para actos de dominio, siempre y cuando obtengan la autorización judicial correspondiente.

Los representantes actuarán cuando los menores de edad adquirieran un bien por prescripción positiva, que es la adquisición de bienes en virtud de la posesión; es decir, que éste no tenga título de dueño pero que la detente.

También actuarán, en lo referente a los legados alternativos, al hacer la elección correspondiente.

Los legados son disposiciones mortis causa a título singular; dependen de la muerte del causante para que se produzcan. Pueden consistir en la prestación de una cosa, o en la de algún hecho o servicio.

Los legados alternativos son los que tienen por objetos o más cosas, de entre las cuales se tiene que elegir una o algunas; es la elección de la que hablábamos anteriormente. Esta se realiza si el que lega no la concede expresamente al legatario. Si el que tiene derecho a hacer la elección no la hiciera, a petición de parte legítima, la hará el juez. Existen 17 tipos más de legados. El legatario es la persona en favor de la cual se constituye el legado.

En el nombramiento de albacea, que es el ejecutor testamentario nombrado por el testador o por el juez para cumplir la última voluntad y custodiar los bienes del finado, los representantes votarán a nombre del menor, en el caso de que el testador no lo haya designado, o el nombrado no desempeñe el cargo.

Los que ejercen la patria potestad, debido a su calidad de representantes legales, serán responsables de los daños y perjuicios ocasionados por los actos de los menores. Los daños, como ya lo comentamos, son las pérdidas o menoscabo sufridos por falta de cumplimiento de una obligación; perjuicio es la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haber obtenido con el cumplimiento de la misma.

Los representantes no serán responsables:

1.- Cuando los menores ejecuten actos que den origen a ella, por encontrarse bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, talleres, etc., ya que estas personas asumirán la responsabilidad de que se trata;

2.- Tampoco serán los responsables, si se prueba que les ha sido imposible evitar los daños y perjuicios. No se podrá utilizar como prueba, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los menores.

No es lógico que los padres evadan la responsabilidad, en estas situaciones, si han sido ellos los culpables de que los hijos actúen de ese modo, por no vigilarlos adecuadamente.

La representación termina, al igual que los demás elementos de la patria potestad, en el momento en que el menor se emancipa, o al cumplir 18 años.

Resumiendo, la representación abarca a todas las situaciones legales que atañen al menor: contratos en general, matrimonio, divorcio, reconocimiento de los hijos de los menores, adquisición de derechos y obligaciones, testamentos, legados, juicios en general, y demás actos jurídicos en los cuales la Ley exija expresamente la representación del hijo.

4.1.c. LA CORRECCION

La educación implica, como ya lo comentamos en puntos anteriores, el derecho de corregir a los menores.

Este derecho ya lo contemplaban las Leyes de las Partidas: "Castigar debe el padre al hijo mensuradamente" (Ley IX, título VIII, partida VII), aclarando que "el castigamiento -- debe ser con mesura y con piedad" (Ley XVIII, título XVIII, partida IV).

Todavía hasta 1974, nuestro Código Civil para el Distrito Federal permitía el castigo para corregir a los menores; el artículo 423 preceptuaba: "Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mensuradamente".

Frecuentemente la palabra "castigar" se interpretaba como golpes, maltratos y abusos. De este erróneo sinónimo se derivaban las lesiones provocadas a los menores, llegando más de una vez a ocasionarles la muerte.

Afortunadamente este precepto fue reformado, en Diciembre de 1974, para privar deliberada y acertadamente a los padres del derecho de castigar "con mesura" a sus hijos, otorgándoles únicamente el derecho de corrección y el deber de -- reflejarles un buen ejemplo.

El legislador, tomando en cuenta el producto de una equivocada disposición en el numeral citado con antelación, lo modificó. Actualmente, el mismo numeral reglamenta: "Para los efectos del artículo anterior, 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".

Es importante señalar que la patria potestad ya no es el poder absoluto que tenía el padre sobre el hijo; de tal forma, al menor sólo se le puede llamar la atención. Si éste reincidiera en su conducta negativa, la corrección puede llevarse a cabo por los mismos padres con ayuda del Consejo Tutelar para Menores, a petición de los ascendientes.

Lo anterior lo señala Antonio de Ibarrola al manifestar: "El derecho de corrección por parte de los padres incluía antaño el de hacer encarcelar al hijo, situación que afortunadamente desapareció. Resta únicamente a los padres el derecho de acudir al Juez de lo Familiar y a los consejeros y funcionarios de nuestro Consejo Tutelar para Menores, para solicitar de ellos auxilio y asistencia educativos".⁽⁹⁰⁾

Los intentos infructuosos por enmendar al hijo dejan, a los ascendientes, la alternativa de poner al tanto al Juez

(90) Ibarrola, Antonio de. Op. cit. pág. 451.

de lo Familiar y al Consejo Tutelar para Menores de su comportamiento, depositando en estas instituciones la acción a seguir en cada caso.

Gracias a la ayuda suministrada a los padres por los órganos del Estado, consistente en amonestaciones y correctivos que les prestan el apoyo suficiente para lograr moderar la conducta del menor de edad, se evita que los primeros tengan oportunidad de lesionar, incluso matar al hijo, al intentar corregirlo.

No obstante el haber evolucionado el concepto de corrección, los padres incurrir en delito de lesiones al tratar de cambiar la conducta de los hijos con golpes. La mayor parte de los niños golpeados manifiestan lesiones en brazos, piernas y contusiones por todo el cuerpo. Todo lo relacionado con el abuso en el derecho de corrección, lo veremos en el siguiente subtema.

Los artículos 1919, 1920 y 1922 del Código Civil para el Distrito Federal, referentes a la responsabilidad de los ascendientes que ejercen la patria potestad por los daños y perjuicios ocasionados por los menores que se encuentran bajo ella, resultan aplicables a este inciso, si nos basamos en el hecho de que la mayoría de éstos daños son consecuencia de los deficientes métodos de corrección utilizados por los padres, que en más de las veces resultan perjudiciales y no tienen ningún beneficio.

Con lo anterior, podemos concluir que la corrección, - entendida como beneficio para el menor en relación a que éste le ayudará en su formación personal, debe aplicarse proporcional a la falta cometida.

El exceso en la corrección implicaría la sublevación - del hijo y lo orillaría a desarrollar, notablemente, una conducta antisocial.

Como ya lo comentamos, junto a la corrección, por lo - general, viene el abuso en la corrección. Las cuestiones re- lativas al abuso en el derecho de corrección, consecuencias y sanciones, las analizaremos ampliamente en el siguiente inci- so.

4.1.d. EL ABUSO

Dentro de este punto, trataremos de establecer lo que es en realidad el abuso en el ejercicio del derecho de corrección o niño maltratado, sus causas, sus efectos y sus posibles soluciones que, en primera instancia, estas últimas son las más importantes y objeto primordial de este trabajo.

En realidad, el abuso en el derecho de corrección y niño maltratado es lo mismo, si tomamos en cuenta que el niño maltratado es consecuencia del abuso del poder de corregir.

Podríamos empezar este punto definiendo lo que, físicamente, es el niño maltratado añadiendo: Ser humano vivo, que se encuentra en la fracción de la vida comprendida entre el nacimiento y hasta el comienzo de la adolescencia y que es objeto de acciones y/u omisiones que no son accidentales, provocándole lesiones físicas o psicológicas en su persona, inferidas éstas por las personas que ejercen la patria potestad.

Las acciones y/u omisiones comprenden tanto golpes, gritos, regaños, o hasta la privación del suministro de alimentos y demás derechos a los que el menor es acreedor; las anteriores pueden ir, desde el simple desconcierto del menor hasta las lesiones graves, incluso la muerte.

El menor, que es objeto de constantes arbitrariedades por parte de los que ejercen la patria potestad, al abusar -- éstos de su derecho de corrección, comienza por crear en su mente un mundo hostil el cual, cuando el menor crezca, será atacado por éste último, comenzando así la delincuencia juvenil. Se desarrollarán y vivirán con el odio y rechazo hacia los demás.

Jurídicamente, definiremos al niño maltratado como el individuo menor de edad que está sujeto a la patria potestad de personas que constantemente abusan de su derecho de corrección sobre él, infringiendo lesiones que van de las leves a las graves y, en ocasiones, provocándole la muerte.

Castán Vázquez, al respecto, nos comenta:

"Hoy se admite generalmente que el derecho de corrección ha de ejercitarse dentro de ciertos límites, fuera de los cuales la conducta del padre se convierte en antijurídica. La lucha contra el abuso del derecho en esta materia se lleva a cabo, en las diversas legislaciones, por el cauce de sanciones civiles (principalmente la suspensión o privación de la patria potestad), y aún penales, a los padres que castigan -- con excesivo rigor a los hijos."⁽⁹¹⁾

(91) Castán Vázquez, José Ma. Op. cit. pág. 227.

El abuso de este derecho se refleja más en los casos - que manifiestan lesiones.

Es más frecuente encontrar menores maltratados que mal alimentados; no obstante, los niños desnutridos existen en -- cantidades alarmantes.

Se menciona a los mal alimentados, porque es frecuente oír a los padres amenazar a los niños con dejarlos sin comer si no se comportan como ellos desean. La mayoría de este tipo de menores presenta traumatismo y retraso mental.

Se han celebrado varias conferencias, simposiums, me-- sas redondas, a fin de dar solución a este grave problema.

En México no existen estadísticas confiables respecto a los niños maltratados debido a que no todos los casos, por una u otra razón, se reportan a las autoridades.

Este problema presenta una deformación de la sociedad que, de no encontrar una solución viable y completa, llegará a tomar dimensiones incontrolables. Dicha solución debe ba-- sarse en el hecho de que hay vidas humanas en peligro inminente que requieren de gran ayuda.

Afortunadamente, aunque no suficiente, las lesiones -- inferidas a los menores se han contemplado en la Ley; de tal forma, el artículo 295 del Código Penal para el Distrito -- Federal establece: "Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de -- aquellos derechos".

Podemos señalar que existen diversas causales que colaboran en el maltrato del niño entre las cuales destacan las siguientes:

- 1.- El que el niño no sea deseado;
- 2.- El ser hijos de relaciones extramatrimoniales;
- 3.- El ser adoptados e incorporados a la familia en -- una forma definitiva;
- 4.- La carencia de los padres de madurez para soportar la responsabilidad de educar y preparar a los hijos para que se enfrenten y desenvuelvan en la sociedad;
- 5.- La frustración de los padres, la cual descargan en sus hijos. La más de la veces los padres, en su infancia, -- conocieron al desamor, la humillación, los golpes, lo cual -- origina una especie de venganza, equivocadamente encaminada -- hacia los hijos;

6.- Cuando el niño nace con limitaciones físicas o mentales;

7.- El caso de los padres que han sido objeto de arbitrariedades, tanto en su familia como en su trabajo;

8.- El temor de los padres a perder la autoridad sobre sus hijos, haciéndolo valer por medios violentos;

9.- El que el hijo quiera a uno de los padres más que al otro (celos por parte de alguno de los padres);

10.- La vida de los padres llena de fracasos y obstáculos, por la mala elección que hicieron cada uno de su pareja, llevándolos a tener resentimiento contra todo, incluso -- contra la misma felicidad del menor;

11.- Los celos de los padres cuando al menor se le procuran cuidados y ternura, indiscutiblemente necesarios, naciendo en los padres un resentimiento hacia el menor, convirtiéndose en agresión;

12.- Existen también los progenitores que abusan del derecho de corrección contra sus hijos, por no ver reflejados sus ideales en ellos, sin importarles las consecuencias que ocasionara ésto, forzando actitudes que no armonizan con la personalidad del menor.

El menor seguirá siendo golpeado, hasta que alguien se dé valor y denuncie este fenómeno al presenciarlo o al tener conocimiento de él; hasta que se dejen de ocultar las conductas agresivas y negativas de los padres.

De tal suerte, la familia del menor debe:

a) Promover lazos de afecto y unión social, que son la fuerza motriz para la realización del menor frente a los demás;

b) Dar oportunidad a los niños para que actúen en tareas de participación social, e integren su papel sentimental y sexual;

c) Mantener en ellos, los menores, un sentimiento de unión a la familia, pero con un sentido paralelo de su libertad personal;

d) Dejar que se desenvuelvan solos, tanto dentro de la familia como dentro de la sociedad, pero siempre asesorándolos en forma individualizada.

Los efectos del abuso en el derecho de corrección son, principalmente:

-Daños en el sistema nervioso central y hasta retraso mental;

-Los niños presentan anormalidades en las funciones de percepción y conceptualización de todo lo que los rodea. Impide que se desarrollen como personas, como hijos, como seres humanos;

-El menor llegará a perderse en un vacío, ignorando cuál es su papel en esta vida y cuál como individuo social;

-El maltrato desvirtuará la realidad del niño, desviando su desarrollo normal en la infancia y en la adolescencia, terminando por formar a un adulto que no logrará adaptarse a su realidad social;

-Los progenitores que castigan a sus hijos con excesiva severidad, solamente provocan la destrucción de las posibilidades de que el menor tenga seguridad en sí mismo.

El adulto que fue castigado en su infancia, tendrá un tipo de carácter difícilmente modificable; sus emociones serán la hostilidad, la desconfianza, la falta de interés y de entusiasmo a todo lo que deba realizar, resentimiento hacia los demás y hacia la vida, pobreza emocional que no le permitirá querer a nadie sino así mismo.

Para evitar lo anterior, el niño necesita amor, comprensión, el apoyo de sus padres, darle a entender y demostrarle que es querido, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; deberá crecer, por lo menos durante sus pri-

meros años de vida, junto a su madre, ya que es ella por la - -
cual obtiene alimentación (lactancia) y demás cuidados.

En virtud del abuso en el derecho de corrección, existen
diversas consecuencias como son la agresividad, que se convier-
te en un ciclo en el que las frustraciones y los traumas se - -
transmiten de generación en generación; así, los hijos golpea-
dos de hoy, se convierten en los padres golpeadores de mañana.

Por lo regular, este tipo de niños crecen con una menta-
lidad de odio a su medio; es común que la mayoría porte algún -
tipo de arma, al vivir siempre a la ofensiva.

Por regla general, los niños golpeados nunca se recupe-
ran del maltrato, si es que sobreviven de éste; quedan dañados
física y/o mentalmente.

Las consecuencias físicas más frecuentes que encontramos
son:

-Produce, durante los tres primeros años, retraso en su
desarrollo con opción a extenderse hasta los principios de la -
adolescencia. Durante esta edad y bajo estas circunstancias, -
el niño es demasiado pequeño, extremadamente delgado y presenta
malformaciones en sus huesos, además de gran apetito.

-Daños cerebrales y orgánicos, así como fracturas y hematomas en todos sus grados y tipos (lesiones).

Interpretando al numeral que habla del delito en cuestión, podríamos decir que es una manera de penalizar el abuso en el ejercicio del derecho de corrección.

A continuación citaremos la definición de lesiones que nos da el Código Penal para el Distrito Federal:

"Art. 288.- Bajo el nombre de lesiones se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa."

Al respecto, los doctrinarios Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas señalan: "La definición auténtica de lo que debe entenderse por "lesiones" a los efectos de la ley penal, además de comprender las "heridas" -que son lo que comúnmente se comprende con la palabra lesiones- y demás alteraciones del organismo humano perceptibles por su exteriorización, comprende las no perceptibles, ya afecten a un aparato entero o ya a uno de sus órganos, incluyéndose cualquier afectación nerviosa o psíquica". (92)

(92) Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Edit. Porrúa, S.A. México. 10 ed. 1983. pág. 609.

La extensión de tal definición, obedece a la necesidad de sancionar también las heridas que no se detecten a simple vista. Estas pueden ser las causadas en el sistema nervioso, cardiovascular, digestivo, en el hígado, páncreas, así como alteraciones psíquicas.

Nos referimos al numeral anterior, en base a que la mayoría de los padres, al abusar del derecho de corrección, incurrir en el delito de lesiones. Dichas lesiones oscilan de las leves a las más graves.

Consideramos que la tipificación del delito de lesiones es acertada (en cuanto a su redacción y contenido), al preceptuar que las lesiones son "toda alteración en la salud", abarcando todas sus variantes.

-La muerte. Esta sobreviene por dos factores: por la excesiva agresividad con la que son golpeados, o por la inconsistencia de los huesos y órganos del menor.

-También trae como consecuencia deformaciones psicopatológicas graves.

-El maltrato del menor provoca la farmacodependencia de éstos; consumen drogas porque lo consideran como símbolo de libertad, emancipación; se convierten en farmacodependientes por simple curiosidad, por ignorancia; tratan de evadir la realidad y obtener placer.

-Los golpes sobre el niño generan introversión en éste; la influencia que pueden ejercer los padres en el aspecto afectivo es, en gran medida, importante porque precisamente de esto va a depender el buen desarrollo emocional del niño.

Estos individuos, maltratados en su infancia, deben su conducta a sus padres; los ascendientes les procuraron descuidos y falta de interés, haciéndolos seres incapaces de sentir amor por alguien, ya sea por su familia o por alguien de la sociedad.

El maltrato engendra individuos incapaces, por sí solos, de integrarse a la sociedad en forma positiva.

La delincuencia es otra consecuencia del abuso infringido a los menores por quienes ejercen la patria potestad. Los sentimientos de odio y venganza tienen la característica de proyectarse en forma de delitos en cualquiera de sus variantes.

El delito representa la forma de choque más intensa contra los bienes jurídicos tutelados como son la vida e integridad corporal, la libertad, seguridad sexual, el patrimonio, el honor, el estado civil y tantos más que están protegidos por nuestras leyes penales, cuya infracción constituye un daño o crea una situación de peligro para la comunidad en general.

No cabe duda que, por cualquier ángulo que se le vea, - las consecuencias del abuso en el derecho de corrección, independientemente que se afecte la persona del menor (pero no menos importante), lacera a la sociedad. La conducta del niño - maltratado va a interferir en el buen desarrollo de la comunidad en donde viva; es necesario detener este tipo de atropellos, y a fin de evitar posibles daños físico-mentales en el - menor, existen ciertas medidas preventivas las cuales no sería ocioso invocar, a saber:

a) Orientación y planificación familiar. Existen muchos y variados métodos para planificar la familia y así impedir el nacimiento de los hijos no deseados y la desesperación por tener una familia numerosa;

b) Concientizar a los padres. Hacerles entender que el maltrato suministrado a los niños, lejos de mejorar la situación los convertirá en sujetos carentes de todo afecto y social bilidad;

c) Concientizar a la sociedad. La aceptación de esta - conducta se demuestra en la abstención de la gente de intervenir cuando presencian un acto de tal magnitud; que no asuman - una actitud pasiva, contemplativa sino, por el contrario, actúen de inmediato denunciando al agresor a las autoridades competentes, y participen en la destrucción de este mal;

d) Separar al menor de ese ambiente agresivo de sus padres, solicitando que la guarda y custodia sea ejercida por los abuelos paternos o maternos, por eso también existe la tutela; el niño se sentirá libre de la tortura a la que estaba expuesto, libre de la agresión que recibía; ésto marcará la pauta para su rehabilitación;

e) Tratar psíquicamente tanto al agresor como al niño --agredido, rehabilitándolos y procurando, por un lado, la reintegración a la realidad al padre y, por otro, integrando al menor a una vida sana y libre de peligro, con el objeto de prevenir --daños mayores.

El maltrato puede argumentar miles de pretextos para seguirse ejecutando, por lo general éstos son: el que lloren --mucho, el ensuciarse, o simplemente las madres los culpan de --tener ellas un cuerpo distinto al que quisieran (pechos flácidos, caderas deformes o várices).

Del análisis del presente subtema podemos concluir que --la vida de cualquier ser humano, en este caso el hijo, desde el momento de su concepción, debe ser objeto del más profundo respeto; debe ser considerado, dignificado y favorecido por la sociedad y por la familia misma. Los atentados contra éste deben ser castigados severamente ya que se trata de un individuo --carente de toda capacidad de defensa.

Es necesario establecer una vigilancia más estrecha con el objeto de impedir el crecimiento de este mal social. Día con día aumenta el número de niños maltratados por los ejecutores de la patria potestad quedando, la mayoría de los casos, -impunes ante la sanción correspondiente por falta de su denuncia a la autoridad judicial.

4.2. EFECTOS EN RELACION A LOS BIENES DEL MENOR.

4.2.a. CLASIFICACION DE LOS BIENES.

Un bien, para comenzar este inciso, lo definiremos como "un objeto corporal o incorporeal susceptible de valoración". (93)

Para el Mtro. Rafael de Pina, un bien es una "cosa material o inmaterial susceptible de producir algún beneficio de -- carácter patrimonial". (94)

Ambas definiciones, en esencia, manifiestan lo mismo. Un bien es un objeto tangible o intangible, pudiéndosele adjudicar algún valor.

En la Roma antigua, los bienes formaban parte del patrimonio del paterfamilias. Las adquisiciones de los hijos sujetos a patria potestad, así como de los esclavos, entraban en el patrimonio familiar del cual el pater era el único que tenía la propiedad.

Sin embargo surgen los peculios, que eran bienes que los hijos recibían para administrarlos e incrementarlos.

(93) Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. cit. Tomo II. pág. 267.

(94) Pina, Rafael de. Op. cit. pág. 123.

Cuatro eran las clases de peculios a saber: profecticio, adventicio, castrense y cuasicastrense.

El profecticio era el peculio otorgado por el padre, al hijo o al esclavo, para que se tuviera sobre éste libre administración. Podía enajenarse a título oneroso, pero nunca donarlo. Sigue perteneciendo al padre, el hijo solamente lo administra, pudiendo revertirlo el padre en cualquier momento.

El peculio adventicio consistía en el adquirido por el hijo por sucesión de la madre o abuelos; el padre no podía disponer de él, sólo del usufructo.

El peculio castrense, creado por Augusto, estaba integrado por los bienes que el hijo adquiriría con motivo del servicio militar, los cuales contemplaban su sueldo, repartición del botín y la distribución de tierras.

El peculio cuasicastrense, creado por el emperador Constantino en el año 320 d. C., se estableció en favor de los funcionarios civiles y religiosos, producido por el ejercicio de sus actividades.

Esta clasificación de los bienes fue aceptada por el Derecho Español en "Las Partidas" de Alfonso X El Sabio.

Quienes ejercen la patria potestad tienen el deber de -- administrar los bienes del menor, por lo que esta administra-- ción es irrenunciable, así como indelegable.

Asimismo, de conformidad a los artículos 424 y 427 del - Código Civil para el Distrito Federal, tienen la representación sobre los bienes, siendo los administradores legales de los - - mismos.

Los bienes del menor que está bajo patria potestad se -- clasifican, según el numeral 428 del Ordenamiento civil citado, en dos clases:

I. La primera son los bienes que el hijo adquiere por su trabajo;

II. La segunda, serán los bienes que adquiriera por cual-- quier otro título, ya sea por herencia, legado, donación, o por don de la fortuna.

El artículo 429 del Código Sustantivo invocaco, señala - que los bienes de la primera clase, al hijo, le pertenecen en - propiedad, administración y usufructo.

En los bienes de la segunda clase, según el artículo 430 del mismo Ordenamiento, la propiedad y la mitad del usufructo - pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usu-- fructo, corresponden a las personas que lo representan y admi--

nistran sus bienes, siempre y cuando ejerzan la patria potestad.

No obstante, si los bienes que adquiriera el hijo por herencia, legado o donación, por disposición del testador o donante, se ordena que su usufructo pertenezca al hijo o se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

Todo lo anterior lo podemos resumir, diciendo que la clasificación de los bienes del menor, actualmente, tiene su base en la clasificación que operaba en el Derecho Romano; ésta se fue reduciendo hasta lo que es hoy en día lo cual, esencialmente, es lo mismo.

En realidad, por lo sencillo del subtema, no hay mucho que podamos señalar de la clasificación de los bienes del menor, excepto que se divide en dos:

1.- Bienes que el hijo adquiere por su trabajo, el cual tiene la propiedad, administración y usufructo total de éstos; y

2.- Bienes que adquiere por herencia, legado, donación o por don de la fortuna, ostentando solamente la propiedad y la mitad del usufructo; la administración y el usufructo restante le corresponde al ascendiente que ejerza la patria potestad sobre él.

4.2.b. EL USUFRUCTO DE LOS BIENES EN LA PATRIA POTESTAD.

Según el artículo 980, perteneciente al Código Civil para el Distrito Federal, el usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos.

El derecho de usufructo viene desde Constantino. Este vino a disminuir una de las grandes ganancias que eran una verdadera propiedad de los padres.

La naturaleza del usufructo que tienen los padres de los bienes de sus hijos es particular, "por razón misma de su afectación familiar". (95)

Al respecto, Messineo nos comenta:

"La razón de ser del usufructo legal es la naturaleza -- patrimonial; es una ayuda al progenitor, al cual incumbe la -- carga de los gastos de manutención y de educación del hijo, con independencia del hecho de que éste tenga un patrimonio propio". (96)

El usufructo es una compensación otorgada a los padres -- por el hecho de administrar los bienes del menor.

(95) Ibarrola, Antonio de. Op. cit. pág. 455.

(96) Messineo, Francesco. Op. cit. pág. 140.

"Ha sido frecuente considerar el usufructo legal como una ayuda al progenitor, en justa compensación a sus cuidados sobre el hijo y a la carga de los gastos que la manutención y educación de éste le provienen."⁽⁹⁷⁾

El o los que ejercen la patria potestad, tienen derecho sólo al usufructo de los bienes que provengan de cualquier forma, excepto del trabajo propio del menor, y únicamente a la mitad de éste; no obstante, si el menor adquiere bienes por herencia, legado o donación, y el testador o donante dispone que el usufructo se destine al menor o a otro fin, se acatará ésto.

El usufructo de los bienes generados por el trabajo del menor, sólo le pertenece a él.

Si los réditos o rentas se vencen antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecerán a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerce la patria potestad.

"Los ingresos del menor quedan afectados, ante todo, a su alimentación. Los gastos de alimentación deben ser proporcionados a la fortuna del mismo. Por lo tanto, los padres no pueden conservar de los productos más que aquello que exceda --

(97) Castán Vázquez, José Ma. Op. cit. pág. 270.

cuanto es necesario para que la alimentación y educación del menor se proporcionen conforme a su fortuna."(98)

Los padres, al detentar la mitad del usufructo de los bienes del menor adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna, están obligados a alimentar al hijo con este patrimonio; no puede reservarse parte del usufructo para sí y lo demás para los alimentos de sus descendientes. Si llegase a quedar algo de ese usufructo, los padres podrán disponer libremente de él; en caso contrario, si éste no alcanzara para alimentarlos, los ascendientes tendrán el deber de completarlos con sus propios bienes.

Al efecto, el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 319 preceptúa: "En los casos en que los que ejercen la patria potestad gocen de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad, y si ésta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejercen la patria potestad".

El usufructo del cual goza la persona que ejerce la patria potestad, lleva implícitas las mismas obligaciones que tienen los usufructuarios bajo cualquier otro título: la obligación de elaborar un inventario y un avalúo de los bienes del hijo antes de entrar al goce de los mismos, sin alterar su forma o sustancia; utilizarlos para el objeto que están destinados;

(98) Ibarrola, Antonio de. Op. cit. pág. 455.

reintegrarlos cuando cese el derecho (arts. 434, 1006 a 1037 - del Código Civil para el Distrito Federal).

El deber de dar fianza queda excluido; la Ley otorga -- crédito a los ejecutores de la patria potestad, debido al supuesto afecto e interés que mueve a éstos para con el menor. - Esta obligación se exceptúa, siempre y cuando:

- 1.- Los que ejercen la patria potestad no hayan sido -- declarados en quiebra o estén concursados;
- 2.- Si no contraen ulteriores nupcias; y
- 3.- Si su administración no es ruinososa para los hijos.

El usufructo, siendo un derecho propio de los padres, - se puede renunciar.

La renuncia a tal derecho es sólo en favor del menor; - es renunciable, no delegable. Delegar es transmitir a una per-
sona un derecho o poder propios.

La renuncia debe hacerse por escrito, o de cualquier for-
ma que no deje duda alguna.

Si los ascendientes renuncian al usufructo, será consi-
derado como donación a favor del hijo.

La donación, tal como lo explica el numeral 2332 del -- Código Civil para el Distrito Federal, es el contrato por el - cual una persona transfiere a otra, gratuitamente, total o par cialmente sus bienes presentes, nunca los futuros.

La renuncia al usufructo podrá hacerse en cualquier momento, después de entrar en posesión de él, no existiendo otro motivo para renunciar que el de favorecer al hijo.

Es necesario hacer notar que la renuncia se preceptúa - sólo para los padres; sería conveniente cambiar la redacción - del artículo 431 de nuestro Ordenamiento civil, para incluir a los abuelos paternos y maternos. Actualmente señala: "Los -- padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo,.. ..".

Podríamos finalizar el presente inciso, comentando la - extinción del usufructo en la patria potestad.

Cuando se pierde la patria potestad, también cesa el -- derecho que se tiene al usufructo.

Asimismo, termina por la emancipación del menor deriva- da del matrimonio, o por su mayor edad. También se extingue - por la ya comentada renuncia.

Podemos concluir, señalando:

1.- El usufructo es una ayuda otorgada a los padres por administrar los bienes del menor, destinada a la alimentación - del segundo.

2.- Los padres sólo tienen derecho a la mitad del usufructo de los bienes del hijo adquiridos por herencia, legado, donación o por don de la fortuna.

3.- Los ascendientes pueden renunciar al derecho de usufructo, pero sólo en favor del menor.

4.- El derecho al usufructo termina:

a) Por la emancipación del hijo en cualquiera de sus - - formas;

b) Por pérdida de la patria potestad;

c) Por renuncia.

5.- El derecho de usufructo existe tanto en la familia - legítima como en la natural.

4.2.c. LA ADMINISTRACION DE LOS BIENES POR PARTE DE LAS PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

Los representantes legales de los menores, también son los administradores de sus bienes.

"En términos generales, los actos de administración son todos aquellos que tienden a la conservación de los bienes que forman el patrimonio y a la percepción de los frutos que éste produzca "según la natural destinación" de la cosa de que forman parte."(99)

La administración de los bienes está encaminada a la -- preservación de éstos, a su multiplicación en la medida posible, así como a la percepción de los frutos generados.

Esta facultad que tienen los ascendientes se las otorga el artículo 425 del Código Civil para el Distrito Federal, al estipular que los representantes legales de los menores tendrán la administración legal de los bienes de éstos.

Las características de la administración de los bienes por parte de los ejecutores de la patria potestad, las señala el doctrinario Manuel F. Chávez Asencio, al manifestar:

(99) Cít. en Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. pág. 682.

"Por regla general, podríamos considerar que son temporales, salvo que excepcionalmente hubiera una incapacidad permanente por enfermedad incurable. Hay una relación de subordinación y es de interés público. Por regla general, son relativos, intransmisibles, irrenunciables, inembargables e intransigibles estos derechos."⁽¹⁰⁰⁾

Temporal en cuanto a que el hijo los administra al cumplir 18 años, el padre sólo los administra durante la minoría de edad del descendiente; relativo por administrar sólo una parte de los bienes; intransmisible e irrenunciable porque es un derecho inherente a la persona de los ascendientes; inembargable porque ningún derecho es susceptible de embargo; intransigible por no aceptar concesión o negociación alguna.

Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y la madre, abuela y abuelo en conjunto o por los adoptantes, el administrador será nombrado por mutuo acuerdo; no obstante, el administrador designado consultará a su cónyuge en todos sus negocios y necesitará de su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

El administrador manejará los bienes del menor, siempre y cuando no sean los producidos por el trabajo del último.

(100) Chávez Asencio, Manuel F. Op. cit. pág. 373.

Cuando por efectos de la Ley o por voluntad del padre, el menor obtenga la administración de sus bienes se le considerará, respecto de la administración, como emancipado. Esta -- emancipación tendrá las restricciones que establece la Ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces; es decir, necesitará autorización judicial para realizar dichos actos.

Emancipación es el acto jurídico por virtud del cual se libera el menor de la patria potestad o de la tutela, recibiendo la administración de sus bienes y el gobierno de su persona.

Si los que ejercen la patria potestad llegasen a tener un interés opuesto al de los hijos, los segundos serán representados, dentro y fuera de juicio, por un tutor designado por el juez para cada caso.

Los jueces tienen la facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad.

Estas medidas se tomarán a instancia de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o -- del Ministerio Público en todo caso.

La administración terminará cuando el hijo se emancipe, ya sea por contraer matrimonio o por cumplir la mayoría de edad debiendo, los administradores, entregar todos los bienes y frutos que les pertenecen a los primeros, rindiéndoles cuentas.

Aunque la Ley no señala término en el cual, los administradores, deban rendir cuentas, se sobreentiende que debe ser al finalizar la patria potestad, a petición de la parte interesada.

El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

- 1.- De la autorización judicial para la enajenación, -- gravamen o hipoteca de bienes raíces;
- 2.- De un tutor para negocios judiciales.

La enajenación es la transmisión legal de una cosa o -- derecho, por parte del propietario, a otra persona que la adquiere; es el traspaso de la propiedad de una persona a otra.

Se entiende por gravamen, la obligación o carga impuesta sobre una finca.

La hipoteca es la garantía real constituída sobre bienes que no se entregaron al acreedor, dando derecho a éste a ser pagado con el valor de dichos bienes, en caso de incumplimiento, en el grado de preferencia establecido por la Ley.

De todo lo anterior concluimos:

1.- Los únicos administradores de los bienes del menor sujeto a la patria potestad, son los que la ejercen.

2.- Sólo uno de los ascendientes que estén facultados para ejecutar la patria potestad podrá ser el administrador, decidiéndolo de común acuerdo.

3.- Sus características son la temporalidad, la relatividad, intransmisibilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad e intransigibilidad.

4.- El menor se emancipa al otorgarsele la administración de sus bienes.

5.- Los únicos bienes que no administra el padre son los producidos por el trabajo del menor.

4.2.d. IMPEDIMENTO LEGAL PARA ENAJENAR BIENES DEL MENOR.

Los administradores, a pesar de contar con esta facultad, no tienen pleno dominio sobre el manejo de los bienes -- del menor.

Los que ejercen la patria potestad no pueden ejecutar actos de dominio, que son "aquellos que tienen como finalidad la sustitución de un bien determinado por otro de distinta -- naturaleza y los que producen la disminución del patrimonio, como ocurre en el caso de la donación". (101)

Debido a ésto, los administradores están imposibilitados para enajenar y gravar, en cualquiera de sus formas, los bienes inmuebles y los muebles preciosos pertenecientes al -- hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, previa la autorización del juez competente.

Los bienes inmuebles los podemos definir como aquellos que no se pueden trasladar de un lugar otro sin que se altere, de algún modo, su forma o substancia. Algunos bienes son inmuebles por su naturaleza (el suelo, plantas y árboles unidos a la tierra, manantiales, estatuas, etcétera): otros lo -- son por disposición de la Ley (el material rodante de los -- ferrocarriles, las líneas telefónicas y telegráficas, las -- estaciones radiotelegráficas, todo lo que esté unido a un --

(101) Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. pág. 682.

edificio o construcción de modo que no pueda separarse sin -- deterioro del mismo, etcétera).

Los bienes son muebles por ser susceptibles a traslado de un lugar a otro, sin alterar su forma o substancia. Son muebles, al igual que los inmuebles, por su naturaleza o por disposición de la Ley.

Por su naturaleza, son los que se mueven por sí solos, o por efecto de una fuerza exterior.

Lo son, por disposición de la Ley:

1.- Las obligaciones y los derechos o acciones que --- tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en --- virtud de acción personal;

2.- Las acciones que cada socio tiene en las asociaciones o sociedades, aún cuando a éstos pertenezcan algunos bienes inmuebles;

3.- Las embarcaciones de todo tipo;

4.- Los materiales procedentes de la demolición de un edificio, así como los que se hubieren reunido para repararlo o para construir uno nuevo, mientras no se hayan empleado en la construcción;

5.- Los derechos de autor;

6.- Todos los que la Ley no considere como bienes inmuebles (artículos 752 al 759 del Código Civil para el Distrito Federal).

Si los administradores obtienen la autorización para enajenar o gravar los bienes de los hijos, el juez tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto al cual se destinó y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble, o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

El precio de esta venta será depositado en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial.

Tampoco podrán, los administradores, celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganado por menor valor del que cotice en la plaza el día de la venta; -- hacer donaciones de los bienes de los hijos, remisión de los derechos de éstos, o dar fianza en representación de los mismos.

La fianza es el contrato por el cual una persona se compromete, con el acreedor, a pagar por el deudor si éste no lo hace.

Si el menor es propietario de una empresa que se dedique a la producción de bienes o servicios con fines lucrativos, el administrador está en posición de enajenar los bienes de la empresa, destinados a la conservación y desarrollo de la misma, siendo una operación normal del negocio mercantil.

Interpretando los artículos 430, 441 y 442, pertenecientes al Ordenamiento civil citado, podemos concluir que los administradores están obligados a reparar los daños ocasionados al menor por mala administración; esta reparación consiste en resarcir los daños (la disminución del patrimonio) y los perjuicios (la falta de ganancias lícitas que debió haber obtenido el hijo) al menor, cuando no se ha procurado la atención debida en el manejo del patrimonio del descendiente.

El artículo 430 se refiere a la mitad del usufructo de los padres y a la administración y usufructo de los bienes del hijo de la segunda clase.

4.3. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS HIJOS EN EL CONCUBINATO.

Para determinar los efectos que se derivan de la patria potestad que se ejerce sobre los hijos nacidos del concubinato, hablaremos primero, brevemente, de esta figura.

El concubinato es la vida en común permanente de hecho, la cual no revista formalidad legal alguna, entre un hombre y una mujer.

Esta vida en común debe extenderse, por lo menos, durante cinco años; debe existir la cohabitación, ésto es, que vivan los dos en una misma casa.

También, como requisito para que se de el concubinato, se necesita que los concubinos no sean casados.

El concubinato también se da cuando, antes de que se cumplan los cinco años, se procrean hijos.

Se presumen hijos de los concubinos (artículo 382, -- fracción III del Código Civil para el Distrito Federal) los nacidos después de 180 días, contados a partir del comienzo de la vida en común, y también los que nazcan dentro de los 300 días siguientes al día en que terminó el concubinato -- (artículo 383 del mismo Ordenamiento civil).

El numeral 441 habla de la facultad del juez para tomar las providencias necesarias para impedir que se derrochen o se disminuyan los bienes del menor, a causa de la mala administración de los que ejercen la patria potestad.

El precepto 442 trata de la entrega, por parte de los que ejercen la patria potestad, de los bienes y frutos al - - hijo, cuando éste se emancipe o llegue a la mayoría de edad.

Después de analizar la administración de los bienes -- del menor, deducimos que más que un derecho, es una obliga---ción, considerando que es mucha la responsabilidad depositada en una sola persona, sin que ésto obste para limitar su actuación.

Las anteriores formas son las únicas que existen para que se pueda decir que estamos frente a la figura del concubinato.

Los términos establecidos para determinar la paternidad, no pueden operar como los del matrimonio, si se toma en cuenta que en el matrimonio existe acta de éste, actas de nacimiento de los hijos nacidos dentro del mismo, de defunción o de divorcio; de tal suerte que se tienen con precisión las fechas indudables de inicio y terminación del matrimonio. En base en estas fechas, comienza el conteo de los plazos que fija la Ley para determinar la certeza de la paternidad.

En el concubinato se carece de documentación legal autenticada.

Si llegara a faltar el reconocimiento espontáneo del hijo de la concubina por parte del concubinario, o cuando niegue su paternidad, se necesitará probar las fechas de inicio y terminación de la cohabitación, por medio de las pruebas de tipo genérico (testimonial, circunstancial, etcétera). Es aquí cuando entra la investigación de la paternidad.

En cuanto a los efectos jurídicos producidos por el concubinato respecto a la patria potestad, si los hijos no han sido reconocidos, éstos ostentan el derecho de investigar la paternidad.

Si se han reconocido, los menores tienen derecho a participar de la sucesión testamentaria de sus padres; asimismo, tienen derecho a los alimentos por parte de sus ascendientes, al igual que el de llevar el apellido de ambos; en otras palabras, tienen los mismos derechos que los hijos habidos dentro del matrimonio.

También tienen derecho, según el precepto legal 501 de la Ley Federal del Trabajo, fracciones III y IV, a recibir la indemnización en los casos de muerte del padre y/o la madre, siempre y cuando dependieran económicamente de ellos.

El derecho de alimentos sobreviene del impedimento del acreedor alimentista para trabajar y la falta de bienes suficientes para mantenerse (artículo 1368, fracción V del Código Civil para el Distrito Federal). Si dejaran de existir estos impedimentos, cesará la obligación de dar alimentos.

En conclusion, los requisitos necesarios para que - - haya concubinato son:

1.- Los concubinos deben cohabitar, como mínimo, cinco años. como si fueran marido y mujer;

2.- Deben estar libres de matrimonio durante todo el -- tiempo que dure la unión;

3.- Tener hijos, no importando si éstos nacen antes de los cinco años.

Es pertinente aclarar, que el concubinato no genera - parentesco entre los concubinos, solamente entre los hijos en gendrados y los primeros.

Aunque no es materia propia de nuestro estudio, diremos que es injusta la medida tomada por el legislador en el numeral 1368, fracción V del Código Sustantivo invocado, que en su última parte preceptúa: "Si fueran varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos".

Es injusta, si se toma en cuenta que los concubinos pierden a la persona que veía por ellos y estando, los primeros, incapacitados para trabajar o les faltan bienes suficientes para vivir, no tienen forma de conseguir lo indispensable.

Sería conveniente modificar esta parte de la fracción diciendo: "Si fueran varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, el monto total de la herencia se repartirá en cantidades iguales".

La procreación de hijos en el concubinato produce los mismos efectos, aparte de los mencionados, que los creados al nacer de un matrimonio. La anterior afirmación la basamos en

el hecho de que se reconoce el parentesco existente entre padres e hijos, dando origen a los derechos y obligaciones propios de la patria potestad.

4.4. EFECTOS DEL DIVORCIO EN LA PATRIA POTESTAD.

El divorcio es el acto jurídico por el cual se rompe el vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Existen dos tipos de divorcio a saber: el voluntario y el necesario.

El divorcio voluntario o por mutuo consentimiento, es el solicitado por los dos cónyuges, en el cual no se presenta controversia alguna acerca de las causas productoras de la disolución del vínculo matrimonial, manifestando ambos su decisión de divorciarse.

El divorcio necesario, por el contrario, es el que promueve un cónyuge contra el otro, alegando una cuestión litigiosa, ante la autoridad civil, basándose en hechos que obstan las relaciones conyugales, siempre y cuando sean causal de divorcio y se puedan probar en el curso del juicio, con objeto de que el juez de lo Familiar dicte sentencia decretando el divorcio pretendido.

Para poder solicitar el divorcio, ya sea por mutuo consentimiento o necesario, se requiere:

a) Existencia de un matrimonio válido.- Este elemento lógico y necesario se puede probar, presentando una copia certificada del acta de matrimonio de las personas que solicitan el divorcio.

b) Capacidad de las partes.- La capacidad es en cuanto a la mayoría de edad. Los cónyuges menores de 18 años serán representados por un tutor dativo durante todo el procedimiento de divorcio, sea el tipo que fuere, sin importar que hayan sido emancipados los consortes con anterioridad al matrimonio.

El tutor representará la voluntad del menor cónyuge, no la sustituirá, plasmando su firma al lado de la del menor en todos los escritos presentados durante la tramitación del divorcio.

También intervendrá, el tutor, en la celebración del convenio presentado por los menores cónyuges al divorciarse por mutuo consentimiento, relacionado con los bienes y la situación de los hijos, así como su guarda.

c) Legitimación procesal.- Los cónyuges que pretenden divorciarse, son los únicos que tienen interés legítimo, personalísimo en disolver el matrimonio.

El divorcio necesario lo pueden obtener los cónyuges a través de apoderado, no así el divorcio por mutuo consentimiento, en el cual se tienen que presentar personalmente.

Dentro del divorcio por mutuo consentimiento, existe el que se lleva a cabo administrativamente y el judicial.

Cuando el divorcio proceda en la vía administrativa, esto es, el que los cónyuges sean mayores de edad, no tengan hijos y hayan disuelto, conforme a la Ley, la sociedad conyugal, en el caso de haberse casado bajo este régimen; éstos -- comparecerán personalmente siendo nula la intervención de apoderado, de acuerdo al precepto 272 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala: "Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio,....".

El divorcio voluntario por vía judicial es el que se lleva a cabo cuando los divorciantes son menores de edad, - tienen hijos menores de edad, o bien, si estan casados bajo el régimen de sociedad conyugal y no la han liquidado, debiéndose tramitar ante el juez competente en los términos del Código de Procedimientos Civiles. Además, según el artículo -- 273 del Código Civil para el Distrito Federal, los cónyuges - deberán presentar al juzgado un convenio en el cual:

1.- Designarán a la persona o personas que cuidarán a los menores, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

2.- Fijarán el modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

3.- Señalarán la casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

4.- Asimismo, señalarán la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, al igual que la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo;

5.- Indicarán la manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

La sentencia que decreta el divorcio produce, entre otros, efectos con relación a la situación de los hijos.

En los términos del artículo 282 del Ordenamiento civil citado, fracción III, cuando se admita la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia, se señalarán y asegurarán los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos; asimismo, en el mencionado numeral, fracción IV, se deben poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. Si no se designa a la persona, el cónyuge que pidió el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. Estará en el juez resolverlo conducente.

Los hijos menores de 7 años quedarán al cuidado de la madre, salvo que existiere peligro para el normal desarrollo de éstos, en cuyo caso quedarán bajo el cuidado del padre.

El artículo 283 del Código Sustantivo invocado, señala que "la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor".

El juez, al momento de dictar la sentencia de divorcio necesario, está facultado para resolver sobre las providencias necesarias en todo lo referente a la patria potestad, basándose en los elementos de juicio que considere pertinentes para determinar, entre otros puntos, la custodia y el cuidado de los hijos.

Con respecto al divorcio necesario, la patria potestad queda sin efecto, ya sea para el padre o para la madre, al momento de dictar la sentencia, con base en el numeral 283 de nuestra Reglamentación civil, así como en la fracción II del artículo 444 del mismo Código.

Antes de la reforma del 27 de Diciembre de 1983, el numeral 283 establecía: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las siguientes reglas:

Primera. Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere se nombrará tutor.

Segunda. Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del --

artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entretanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor.

Tercera. En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano; pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos".

Cabe señalar que el legislador resumió dicho artículo, con el fin de que el juez competente analizara mejor los elementos con los que contara, y no solamente seguir al pie de la letra el artículo, para que su sentencia tuviera un enfoque más real de la situación.

Anteriormente, el numeral en cita, estaba redactado de una forma muy determinante, dejando al juez al margen de la situación, sin poder resolver la cuestión litigiosa usando su criterio; ahora, el juzgador tiene más libertad para sentenciar de acuerdo a su discernimiento o juicio, situación que nos parece poco acertada si tomamos en cuenta la impreparación de los juzgadores.

Siguiendo con nuestro estudio, antes de que se determine definitivamente sobre la patria potestad de los hijos, a petición de los abuelos, tíos o hermanos, el juez podrá acordar cualquier medida que se considere benéfica para los menores, pudiéndola modificar atendiendo a lo dispuesto en los artículos 422, 423 y 444, fracción III del Código Civil para el Distrito Federal.

La madre y/o el padre sigue teniendo las mismas obligaciones para con sus hijos, aún cuando pierdan la patria potestad a causa del divorcio.

Es conveniente comentar algo sobre la legitimidad e ilegitimidad de los hijos.

Si los hijos nacieren dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, sea por la causa que fuere, serán considerados nacidos de matrimonio, siendo ésta la única prueba contra la presunción.

Persistirá la presunción de legitimidad del hijo, hasta que el esposo no demuestre que fue físicamente imposible el que tuviera relación carnal con su esposa en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento.

También se reputan hijos de matrimonio los nacidos --- después de los 300 días contados a partir de la separación, - pero antes de que se pronuncie la sentencia, así como el hijo nacido después de transcurridos los 300 días a la separación pero sin haber transcurrido el mismo término siguiente a la - sentencia; de esta forma, vuelve a ser considerado como hijo nacido durante el matrimonio, toda vez que el divorcio opera por sentencia.

Es claro que si nace después de los 300 días siguien-- tes a la disolución del matrimonio, el pretendido padre podrá promover, en cualquier momento, las cuestiones relativas a la paternidad (artículo 329 del Código Civil para el Distrito -- Federal).

Con fundamento en todo lo anterior, podemos concluir - que:

1.- El divorcio es el acto jurídico que disuelve el --- vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

2.- Existen dos clases de divorcio: por mutuo consentimiento y necesario.

3.- En el divorcio por mutuo consentimiento, los padres deben presentar convenio ante el juzgado de lo Familiar que, - entre otros puntos, debe contener:

- a) La designación de la persona a quien serán confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- b) El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, durante el mismo lapso de tiempo señalado en el punto anterior.

4.- En el divorcio necesario el juez, al admitir la demanda o antes, asegurará los alimentos y el cuidado de los hijos, así como también designará a la persona que cuidará a los menores, provisionalmente, si es que los padres no la designan.

5.- Aunque los padres pierdan la patria potestad por causa de la sentencia de divorcio, continúan con la carga de las obligaciones para con sus hijos. Vgr. proporcionar alimentos.

6.- Antes de ejecutoriado el divorcio, se procederá a tomar las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes con relación a los hijos.

7.- Los padres divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

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

1. -La patria potestad surgió en el Derecho Romano como Institución, no con el carácter protector con el que cuenta -- actualmente, sino dirigida al servicio del paterfamilias.
2. -Durante el Cristianismo, la patria potestad es ejercida - por el padre con intervención de la madre.
3. -En el Derecho Germánico la esfera de protección y cuidado al hijo se amplía en relación al Derecho Romano.
4. -Los aztecas conciben y ejercen la patria potestad en forma muy severa, pero bastante acertada. Severa en la manera - tan drástica de castigar a los menores, y en el hecho de - internarlos en el Calmecac durante tanto tiempo; acertada, debido a que lo enérgico de la educación impartida por los aztecas, ayudó a que los hijos se formaran con extremada - disciplina y gran carácter.
5. -La condición del hijo mejora durante la Colonia, desapareciendo casi por completo la antigua concepción romana de - la patria potestad.
6. -Los Ordenamientos civiles de 1870 y 1884 detuvieron el desarrollo y actualización de la patria potestad, al sentar sus bases en las Leyes de Toro, de Indias, y demás ante--- riores a su redacción.

7. -El concepto de patria potestad es internacional, debido a que esta institución tiene esencialmente el mismo fin en cada país, no obstante el cambio de denominación o forma gramatical adoptado.
8. -La naturaleza de la patria potestad nace de un deber del padre para con el hijo, encontrando su contenido en la -- función de proteger, vigilar, educar y alimentar al menor, así como administrar los bienes del mismo.
9. -Existen dos tipos de fundamento de la patria potestad: -- el primero es el sustancial o natural, siendo éste la paternidad y la maternidad; el segundo es el estrictamente jurídico, consistente en las prevenciones relativas contenidas en la Ley.
10. -La irrenunciabilidad es una protección al menor contra -- los padres que quieran eximirse de sus deberes como ejecutores de la patria potestad, ya que esta figura jurídica ha sido establecida en favor del hijo y no de los ascendientes.
11. -La ~~imprescriptibilidad~~ imprescriptibilidad no opera en la patria potestad - - puesto que es un derecho familiar, no un derecho real o personal.

- 12.- La patria potestad es intransmisible puesto que no se -- puede transferir por voluntad de los que la ejercen.
 - 13.- La patria potestad termina con la muerte del que la ejerce, si no existe otro ascendiente facultado para ello; -- con la emancipación del hijo al casarse o al cumplir la -- mayoría de edad, y con la no preceptuada pero lógica -- muerte del menor.
 - 14.- Queda suspendida la patria potestad por la incapacidad -- del ascendiente declarada judicialmente; por la ausencia declarada formalmente del mismo y; por ser acreedor a -- sentencia condenatoria que le imponga como pena tal sus-- pensión.
 - 15.- El que pierde el ejercicio de la patria potestad no lo -- recupera, pero sigue teniendo las mismas obligaciones para con los hijos.
 - 16.- Los sujetos activos de la patria potestad sólo pueden -- ser los padres legítimos, adoptivos, o los que reconoz--- can a los menores, así como los abuelos maternos y pater-- nos.
-

17. -Los hijos legítimos, adoptivos, reconocidos, y los nietos, todos ellos menores de edad, los mayores de edad incapaces, son los únicos sujetos pasivos existentes dentro de esta institución.
18. -Las relaciones jurídicas paternofiliales las crean los padres en conjunto con los hijos, siendo totalmente diferentes a cualquier otra relación que encontremos en el Derecho de Familia.
19. -Cada uno de los derechos y obligaciones principales de los padres con respecto a sus menores hijos son personalísimos, e inherentes a su persona, los cuales no pueden evadir para cumplirlos.
20. -Los derechos y obligaciones de los hijos, son las cargas y prerrogativas de los padres. Las obligaciones del menor son pocas, debido a que la patria potestad se encuentra establecida para el hijo, y no a cargo de éste.
21. -El Ministerio Público es el órgano protector de los valores del Estado y de la sociedad; por ende, su intervención en la patria potestad se justifica, ya que ésta es de interés público no pudiendo, este representante de la sociedad, intervenir de oficio, sólo a petición de parte.

22. -La guarda, independientemente de ser un medio de protección material para el hijo, es uno de los deberes primordiales de la patria potestad; así, el hecho de que sólo uno de los padres la ejerza no quiere decir, necesariamente, que el otro la haya perdido.
23. -La representación legal del menor comprende todas las hipótesis jurídicas en las que éste pudiera llegar a encontrarse, siempre y cuando la Ley permita o exija su mandato.
24. -La corrección, conceptualizada como beneficio para el menor, es pertinente aplicarse en proporción a la falta cometida; caso contrario, el hijo las realizará con mayor frecuencia y magnitud.
25. -Es necesario vigilar más estrechamente el ejercicio de la patria potestad con el fin de evitar los abusos cometidos en contra del menor, por parte de los que la ejercen. Lo anterior se puede lograr creando un organismo, distinto de los ya existentes y dotado de jurisdicción a nivel nacional, el cual goce de autoridad suficiente para castigar todo delito inferido al menor por quienes ejercen la patria potestad al intentar educarlo o corregirlo, así como el de decidir sobre controversias que lo circunden.

26. -La creación de una dependencia similar al Consejo Tutelar para Menores podría coadyuvar para tutelar debidamente los derechos de los menores respecto del ejercicio de la patria potestad sobre ellos, de acuerdo a la sugerencia vertida en el punto anterior; sin embargo también es deseable que se implementen mecanismos tanto jurídicos como administrativos para depurar y eficientizar la labor de instituciones ya existentes como es el caso del Sistema Nacional - - Para el Desarrollo Integral de la Familia.
27. -Como posibles soluciones viables a la problemática del maltrato al menor aparece en, desde luego, la concientización de los padres a través de instituciones públicas y medios masivos de comunicación, respecto del daño no solo físico sino moral que se infringe al tutelado al golpearlo. Además podrían igualmente estructurarse programas escolares - en los que se informara y previniera a los menores sobre - sus derechos y los resultados nocivos de no denunciar a sus padres, cuando las reprimendas de éstos lleguen a los golpes. Ambas proposiciones deberán complementarse con la mejor capacitación y selección de los mentores para evitar - que incurran en la arcaica práctica de golpear a los educandos bajo la excusa, del aprendizaje.
28. -Los bienes del menor se clasifican en dos grupos: los - - ganados a base de su trabajo; y los adquiridos por herencia, legado, donación, o por don de la fortuna.
29. -Los bienes del menor adquiridos por su trabajo, están bajo la propiedad y administración de éste, gozando también del usufructo.
30. - Los bienes de la segunda clase le pertenecen al hijo, así la mitad del usufructo; la administración y la otra mitad del usufructo le corresponden a la persona que ejerce la patria potestad.

31. -El usufructo es una compensación otorgada al padre por administrar los bienes del menor.
32. -Sólo uno de los ascendientes que se encuentren ejerciendo la patria potestad, será el administrador de los bienes del hijo.
33. -El menor se emancipa si se le otorga la administración de los bienes de la segunda clase, no pudiéndose revertir esta decisión, y solo en cuanto a los bienes.
34. -El administrador sólo puede manejar los bienes del menor de la segunda clase.
35. -El administrador tiene prohibido enajenar o gravar los bienes del hijo, salvo los casos en que estos bienes estén destinados a su enajenación o gravamen, o esté autorizado judicialmente el administrador para hacerlo.
36. -Los hijos nacidos dentro del concubinato tienen la misma condición, obligaciones y prerrogativas, que los nacidos de matrimonio legalmente contraído por los padres.
37. -A consecuencia del divorcio, sólo uno de los padres tendrá la guarda y custodia de los hijos teniendo, el otro cónyuge, las mismas obligaciones para con los hijos, como si permaneciera aún casado.

38. -Es necesario modificar algunos artículos que reglamentan la patria potestad, y actualizar otros, para que el menor goce de la protección que se le debe a su calidad -- indefensa de hijo, con las restricciones expresamente ne cesarias y los derechos más apropiados. La sugerencia -- se basa en la necesidad de ampliar el campo de acción de la Ley, así como el de sancionar con más rigidez a los -- padres que abusan del derecho de corrección.
39. -El derecho de corrección se limita a servir como auxiliar en la educación del menor; de ninguna manera debe confundirse o interpretarse como golpes.
40. -El abuso en el derecho de corrección es uno de los proble mas más graves que se suscitan dentro de la familia. Este fenómeno se puede evitar, si los padres se preparan -- psicológicamente antes de tener un hijo, tomando conciencia de la responsabilidad que tal decisión representa, -- así como de sus consecuencias.

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

- 1.- Alba, Carlos H. Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y El Derecho Positivo Mexicano. Ediciones Especiales del Instituto Indigenista Interamericano. México. 1949.
- 2.- Arias, José. Derecho de Familia. Edit. Guillermo Kraft - - Limitada. Buenos Aires, 2a. ed. 1952.
- 3.- Bonnecase, Julien. Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia. Editorial José Ma. Cajica, - - Puebla, México. 1945.
- 4.- Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. - - Código Penal Anotado. Edit. Porrúa, S.A. 10a. ed. 1983.
- 5.- Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español, Común y - - Foral. Edit. Reus. Madrid. 5a. ed. Tomo IV. 1945.
- 6.- Castán Vázquez, José Ma. La Patria Potestad. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1960.
- 7.- Castro Zavaleta, Salvador. 55 Años de Jurisprudencia. - - Apéndice 1974. Edit. Cardenas, Editor y Distribuidor. - - México. 1a. ed. 1975.

- 8.- Cicu, Antonio. El Derecho de Familia. Edit. EDIAR. Buenos Aires. 1947.
- 9.- Colin, Ambrosio y Capitant, H. Curso Elemental de Derecho Civil. Instituto Editorial Reus. Madrid. Tomo II. Vol. I. 1952.
- 10.- Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Edit. Porrúa, S. A. México. 8a. ed. 1984.
- 11.- Cossio, Alfonso de. Instituciones de Derecho Civil. Número 2. Edit. Alianza. Madrid. 1975.
- 12.- Coulanges, Fustel de. La Ciudad Antigua. Edit. Porrúa, S. A. México 4a. ed. 1980.
- 13.- Couto, Ricardo. Derecho Civil Mexicano. Edit. Porrúa, S.A. México. Tomo II, 1919.
- 14.- Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Edit. Porrúa, S.A. México, 1984.
- 15.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. Tomos I y II. 1967.

- 16.- Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Edit. Porrúa, -
S.A. México. 5a. ed. 1982.
- 17.- García Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal. Edit. --
Porrúa, S.A. México. 4a. ed. 1983.
- 18.- Ibarrola, Antonio de Derecho de Familia. Edit. Porrúa, -
S.A. México. 2a. ed. 1981.
- 19.- Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes. 1974 1975. Actua-
lización IV. Edit. Mayo. 2a. ed. 1984.
- 20.- Lehmann, Heinrich. Derecho de Familia. Edit. Revista de
Derecho Privado. Madrid. 1953.
- 21.- Lher, Ernesto. Tratado de Derecho Civil Germánico o - -
Alemán. Edit. Librería de Leocadio López. Madrid. 1878.
- 22.- Mendieta y Núñez, Lucio. El Derecho Precolonial. Edit. -
Porrúa Hnos. y Cía. México. 1937.
- 23.- Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial.
Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. -
Tomo III. 1954.

- 24.- Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Edit. Porrúa, S.A. México. 2a. ed. 1976.
- 25.- Nebrija, Elio Antonio de. Léxico de Derecho Civil. Edit. Latina y Castellana de C. Humberto Núñez. C.S.I.C. Madrid. 1944.
- 26.- Otero, Alfonso. La Patria Potestad en el Derecho Histórico Español. Edit. AHDE. Madrid 1956.
- 27.- Ots Capdequi, J.M. El Estado Español en las Indias. Edit. Fondo de Cultura Económica. México. 7a. reimpresión. - - 1986.
- 28.- Petit, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. Edit. Editora Nacional. México. 9a. ed. 1971.
- 29.- Pina, Rafael de. Diccionario de Derecho. Edit. Porrúa, -- S.A. México. 9a. ed. 1980.
- 30.- Pina, Rafael. de. Elementos de Derecho Civil. Edit. - - Porrúa, S.A. México. 1975.
- 31.- Planitz, Hans. Principios de Derecho Privado Germánico. Edit. Bosch. Madrid. 1957.

- 32.- Puig Peña, Federico. Tratado de Derecho Civil Español. -
Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. Sin fecha de
impresión.
- 33.- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. - -
Edit. Porrúa, S.A. México. 9a. ed. Tomo I. 1974.
- 34.- Sahagún, Fray Bernardino de. Historia General de las - -
Cosas de la Nueva España. Edit. Porrúa, S.A. México. - -
1979.
- 36.- Soustelle, Jacques. La Vida Cotidiana de Los Aztecas. --
Edit. Fondo de Cultura Económica. México. 1977.

LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la
Baja California del 13 de Diciembre de 1870. Sin edito--
rial. México. Sin fecha de impresión.
- 2.- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la
Baja California del 13 de Marzo de 1884. Edit. Tipográfi
ca y Litográfica LA EUROPEA, de J. Aguilar Vera y Compa
ñía. S. en C. México. 1906. Edición Oficial.
-

- 3.- Código Civil para el Distrito Federal. Edit. Porrúa, S.A. México. 37a. ed. 1974.
- 4.- Código Civil para el Distrito Federal. Edit. Porrúa, S.A. México. 55a. ed. 1986.
- 5.- Código Penal para el Distrito Federal. Edit. Porrúa, S.A. México. 43a. ed. 1987.
- 6.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Edit. Porrúa, S.A. México. 32a. ed. 1986.
- 7.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. - - Edit. Porrúa, S.A. México. 76a. ed. 1984.
- 8.- Ley Federal del Trabajo. Edit. Porrúa, S.A. México. 53a. - ed. 1985.