

181
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

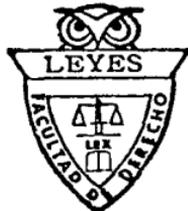
FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

"EL ASPECTO FLEXIBLE DE LA REPRESENTACION
EN LA PATRIA POTESTAD"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
GRACIELA CORTES FERRER



MEXICO, D. F.

1992

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

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

Justa aspiración de todo pasante, es sin lugar a duda, la obtención del título, para cuyo efecto son requisitos indispensables un examen oral y un trabajo escrito de carácter especulativo llamado Tesis Profesional, en el más amplio sentido de la palabra y que versa sobre un tema de interés especial para el sustentante, por lo cual en el presente trabajo nos decidimos por el estudio de las instituciones protectoras de los incapaces en especial el aspecto relativo a la representación en la patria potestad, por virtud de su importancia y trascendencia social.

La presente tesis, como todo trabajo humano no es perfecto, por lo que nos preguntamos ¿ qué trabajo lo es ? si el ser humano es un ser perfectible y no perfecto. Al leer nuestro trabajo esperamos se considere lo anteriormente dicho, así como el hecho de que no contamos con la experiencia necesaria para realizar un trabajo de esta índole, pues debemos recordar que explicar con propiedad no es privilegio de nacimiento, si no patrimonio de ejercicio, pues hacerlo con claridad, mé todo y precisión es difícil para alguien que apenas se inicia en este tipo de investigaciones.

Uno de los problemas que en el Derecho se plantean como motivo del estudio del sujeto de Derecho como elemento de toda relación jurídica, es el de la representación, por la cual se utiliza la habilidad ajena para la celebración de actos jurídicos y por otra parte se tiene la posibilidad de activar la capacidad de ejercicio de quienes no poseen ésta o la tienen limitada, para de este modo ampliar el campo de nuestra actividad jurídica.

Así el legislador debe inspirarse en las leyes del desenvolvimiento físico, psíquico y moral del hombre, para regular con acierto el ejercicio de la capacidad jurídica, sujetándola a determinadas condiciones según el caso.

Con el objeto de que este trabajo se presente en forma lógica y didáctica lo expondremos en cuatro capítulos, cuyos títulos y contenidos se especifican a continuación.

El capítulo primero se titula la representación, en éste se tratan generalidades acerca dicha representación al responder a preguntas tales como ¿ qué es ?, ¿ qué se entiende por ésta ?, ¿ qué utilidad tiene ?, entre otros aspectos que trataremos a fin de lo

grar una mejor comprensión del tema.

En virtud de que el tema del presente trabajo es el aspecto flexible de la representación en la patria potestad y tomando en consideración que la representación es un atributo de ésta, nos parece conveniente que dediquemos dos capítulos a la misma a fin de conocer sus aspectos generales; así hablaremos de su reglamentación en nuestro Derecho vigente y sobre todo de los efectos que produce, tanto en la persona como en los bienes de los menores sujetos a dicha patria potestad. Tales capítulos se titulan La Patria Potestad en el Código Civil vigente (cap. II) y Los Efectos de la Patria Potestad (cap. II) y Los Efectos de la Patria Potestad (cap. III).

Por último en el capítulo IV del presente trabajo trataremos el aspecto flexible de la representación en la patria potestad, y entraremos al estudio concreto de éste, considerando a la patria potestad como una institución de Derecho de Familia, en la que no es aplicable la idea de renuncia, y sin que en consecuencia estén los que ejercen la patria potestad facultados para desentenderse del cuidado de la persona y de los bienes del sometido a su autoridad.

Ahora bien, también se tiene en cuenta que como institución de Derecho de Familia la patria potes

tad se encuentra regulada fundamentalmente por normas de carácter ético o moral y por lo tanto su contenido, se encuentra en íntima relación con esas normas, de las que se desprende la flexibilidad que tiene la institución que consideramos.

Así mismo, se trata en especial un atributo de la personalidad, la obligación que tienen los titulares del ejercicio de la patria potestad, de representar a los menores sujetos a su autoridad, que en principio es irrenunciable, pero que presenta limitaciones, lo cual conduce nuestra investigación al análisis del artículo 440 del Código Civil, pues nos interesa de manera especial por su problemática y en cuanto supone una relajación al principio de irrenunciabilidad de la representación y para que sea acoplado a nuestra realidad social, pues en éste se habla de interés, sin que se precise a que intereses se refiere. Por lo que nuestras inquietudes nos llevan a que se analice el interés más allá de las posibilidades procesales y que nos adentremos en otro tipo de consideraciones sobre él, para descubrir la posibilidad de darle a nuestro concepto de interés el alcance necesario, a fin de determinar a que tipo de interés se refiere el artículo en cuestión.

C A P I T U L O

I

L A R E P R E S E N T A C I O N .

A. CONCEPTO.

Uno de los problemas que en el Derecho se plantean con motivo del estudio del sujeto de Derecho, como elemento de toda relación jurídica, es el de la representación, cuyo propósito es, en general, suplir las deficiencias que supone la limitación de nuestras facultades, para de este modo ampliar el campo de nuestra actividad jurídica.

Colín y Capitán, nos dice " existe re

presentación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico), de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en el patrimonio del representado como si él mismo hubiera celebrado el contrato (o ejecutado el acto) se produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero. "(1)

Para Bonnecase, " la representación es una institución jurídica en virtud de la cual, fundada en elementos de hecho convencionales o legales, una persona tiene el poder de realizar directamente, por cuenta de otra, operaciones materiales y jurídicas. "(2)

Así mismo, expresa que la ley no ha organizado a la representación en una forma abstracta y rígida; por lo contrario, prevé diversos tipos de representantes estableciendo, respecto de cada uno de ellos, las

(1) COLIN AMBROSIO Y CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil, T. I, 3ª ed., Tr. de la 2ª ed.-francesa, Instituto Editorial Reus, Madrid, España, 1952, pp. 209, 210.

(2) BONNECASE, JULIEN. Elementos de Derecho Civil, T.I, Tr. Lic. José M. Cajica Jr., Cárdenas Editor y Distribuidor, Baja California, México, 1985, pág. 387.

reglas susceptibles de realizar el fin que persigue.

Para la mayor parte de la doctrina y en muchas ocasiones también para la jurisprudencia, la esencia de la representación hay que encontrarla en el hecho de que el representante despliega una actuación en nombre del representado.

" Así por ejemplo, CASTAN TOBEÑAS, entiende que sólo la representación directa es << verdadera y propia representación >> y en consecuencia, define a ésta como << el medio por el cual una persona realiza un acto jurídico " a nombre de otro " y para que los efectos se produzcan exclusiva e inmediatamente en la persona del representado >>. En términos muy parecidos se expresa ALBALADEJO: << En la celebración del negocio jurídico puede actuar el propio interesado (sobre el que reacerán los efectos) u otra persona " en nombre " y por cuenta de aquél. Cuando esto ocurre se dice que hay representación >>. ""(3)

En el Derecho Alemán, Lehmann manifiesta

(3) DIEZ - PICAZO, LUIS. La Representación en el Derecho Privado, Editorial Civitas, S.A., Madrid, España, 1979, pág. 57.

" que representación es la emisión o la recepción de una declaración de voluntad por otro y en su nombre, de tal manera que los efectos del negocio afecten a éste inmediatamente. "(4)

Para Barrera Graf, la representación, " se entiende como la realización y ejecución de actos jurídicos a nombre de otro, es decir; el obrar a nombre ajeno, para la realización y ejecución de un acto o la celebración de un negocio jurídico. "(5)

Gutiérrez y González, considera que la representación, " es el medio que establece la ley o de que dispone una persona capaz, para obtener, a través del empleo de la voluntad de otra persona capaz, los mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado el capaz, o válidamente un incapaz. "(6)

De acuerdo con las definiciones de los

(4) Idem.

(5) BARRERA GRAF, JORGE. La Representación Voluntaria en el Derecho Privado, Instituto de Derecho Comparado, UNAM, México, 1967, pág. 11.

(6) GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. Derecho de las Obligaciones, 7ª ed., Porrúa, S.A., México, - 1990, pág. 350.

autores expuestos, podemos desprender la importancia de la representación, como institución que el Derecho ha creado por considerarla necesaria, permitiendo a los interesados sustituirse para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, teniendo aplicación en todas las disciplinas jurídicas, v.gr., en el Derecho Internacional, en el Derecho procesal, en el Derecho Administrativo, etc., sin embargo; esta institución generalmente admitida por las legislaciones modernas no fue aceptada en principio por el Derecho Romano y actualmente todavía se discute su naturaleza y aplicación.

B. CLASES DE REPRESENTACION.

Tres son las diversas clases de representación: la voluntaria, la legal y la oficiosa.

1. REPRESENTACION VOLUNTARIA.

Se realiza dentro del ámbito de la libertad y autonomía de la voluntad.

Existe cuando mediante una declaración de voluntad de una persona, se faculta a otra para actuar y

decidir en su nombre o por su cuenta.

Barrera Graf, considera que ésta puede resultar de un acto unilateral o bien de un contrato, y en ambos casos la representación puede otorgarse expresamente y ser objeto del negocio jurídico relativo, o por el contrario derivar de la naturaleza misma del acto o del contrato.

Puede constituirse representación por contrato en el caso de mandato o comisión y también mediante declaración unilateral del representado en caso de poder o procura, entre otros ejemplos. La representación es facultativa por depender del libre arbitrio de quien la otorga, o bien de las dos partes que celebran el contrato en el cual se incluye, y también porque en la mayoría de las veces queda a opción del representado acudir a la celebración del o de los negocios para hacerlo personal o directamente, de aquí que en la representación voluntaria sea siempre una persona capaz, quien personal y directamente podría ejecutar el acto o celebrar el convenio que encarga al representante.

2. REPRESENTACION LEGAL.

También llamada representación necesaria,

orgánica o estatutaria, en caso de personas jurídicas.

La representación legal, es el medio jurídico creado por el legislador, para que aquellas personas imposibilitadas legal o materialmente para actuar en la vida jurídica, puedan hacer valer sus dichos, por conducto de otra persona.

Por lo que hay representación legal, cuando en virtud de una norma jurídica, se le concede a una persona capaz, el poder o facultad de celebrar actos jurídicos a nombre y en interés de otra, en cuyo patrimonio y persona repercutirán los actos celebrados por aquél.

Gutiérrez y González señala que se admiten dos subclases: representación de incapaces y representación de capaces.

Representación de incapaces: " la ley facultada a una persona capaz para verificar actos jurídicos por nombre y cuenta de otra, que por disposición de la misma ley tiene incapacidad de ejercicio, y entonces las conductas que realiza aquélla, surten efecto en el patrimonio o persona del incapaz. "(7)

(7) Ob. Cit. pág. 353.

En el artículo 23 del Código Civil Vigente, se establece la representación legal de incapaces, en los siguientes términos; " la mayor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes. "

Representación de capaces: " la ley impu^{ta} obligatoriamente o por necesidad a una persona capaz, las consecuencias de un acto realizado por otra persona física capaz "(8), lo cual sucede en relación a las personas físicas, por razones de economía procesal y en cuanto a las personas morales, por no tener existencia corpórea.

3. REPRESENTACION OFICIOSA.

Se fundamenta en la solidaridad social, dado que existe en función de la necesidad de intervenir en las cosas ajenas cuando su dueño, ausente o impedido no puede cuidarlas, por ejemplo, en la gestión de negocios.

(8) Idem.

El gestor oficioso no es representante legal, ni menos representante voluntario, de ahí que el artículo 1896 del Código Civil en vigor disponga que " El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio ", quien conforme al artículo 1903, " debe cumplir las obligaciones que el gestor haya contraído a nombre de él ", es decir, en su representación. Un claro ejemplo sería, el de quien ante la amenaza de la ruina de la casa de su vecino que ha dejado cerrada al emprender con su familia un largo viaje, se pone a repararla a fin de evitar dicha ruina.

El Código Civil vigente reglamenta la gestión de negocios como fuente extracontractual de obligaciones en sus artículos 1896 a 1909, y el Código de Procedimientos Civiles se ocupa de la gestión judicial en sus preceptos del 49 al 52 y demás relativos.

C. DIFERENTES TEORIAS QUE HAN TRATADO DE EXPLICAR LA REPRESENTACION.

Acerca del fenómeno jurídico de la representación se han formulado una serie de opiniones o doc

trinas tendientes a explicar y justificar esta institución que rompe definitivamente con el principio de que solo se está obligado jurídicamente por los actos que personalmente se realicen.

Resolver el problema del porque los actos realizados por un mandatario o representante obligan al representado que no intervino, es la meta primordial de las diversas opiniones que a continuación trataremos.

TEORIA NEGATIVA DE LA REPRESENTACION.

León Duguit, considera que debe rechazar se a la representación, porque nada tiene de real, ya que se origina por un análisis inexacto del papel que juega la voluntad dentro del acto jurídico.

TEORIA DE LA FICCION.

Es la teoría tradicional francesa, nacida de las consideraciones de Pothier, seguida por Planiol y Laurent entre otros autores. Consideran que la representación no es otra cosa que una ficción de la ley a través de la cual se va a considerar que el acto jurídico realizado por el representante fue celebrado personalmente y con su propia voluntad por el representado, no obs

tante no estar presente en el acto de la celebración.

A continuación haremos transcripciones de explicaciones dadas por diferentes autores seguidores de esta teoría.

" Geny dice: " según la concepción, que nos sugiere una vista ingenua de las cosas, cada uno no está ligado, en la vida jurídica, sino por los actos que ejecuta personalmente...ha parecido que convenía reconocer directamente, mediante ciertas condiciones voluntarias o legales, la facultad de hacer nacer, en la persona de un tercero, los derechos creados por la voluntad de un contratante, que se convierte así en extraño a sus propios actos. Bastaría, se dirá, para llegar a ese resultado con invertir el principio inicial ¿ Quién no vé, sin embargo; que eso es precisamente deformar la realidad, y que si se pretendiera hacerlo brutalmente y por vía de autoridad se arriesgaría a destruir la noción de individualidad que sigue siendo un fundamento necesario de toda nuestra concepción del Derecho ? No se puede escapar a la dificultad, sino aceptando aquí la ficción de la representación por otro, de la cual se apartarán los excepciones, sometiéndola a las circunstancias y condiciones ne

cesarias ". ""(9)

" Pothier; es el mandante, dice, el que se considera que contrata por su ministerio (del mandatarario) y quien se obliga hacia las personas con las cuales su mandatario ha encontrado en esta calidad. El mandatarario, en este caso, no contrae ninguna obligación para con las personas con las que contrata en esta calidad, porque no es él quien se reputa que contrata; no hace sino interponer su ministerio, por el cual se considera que el mandante contrata. (Traité du Contrat de Mandat, núm 87). ""(10)

Se critica esta teoría, señalando que puede ser válida con respecto a la representación voluntaria, pero con relación a la representación legal, dado que en ésta el representado carece de voluntad eficaz.

(9) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. Representación, Poder y Mandato, Porrúa, S.A., México, 1984, pág. 17.

(10) BORJA SORIANO, MANUEL. Teoría General de las Obligaciones, 9ª ed., Porrúa, S.A., México, - 1984, pág. 245.

Estos autores por sostener intacto el principio de que sólo los actos personales realizados obligan, principio que definitivamente es roto en la representación, fingen ignorar la realidad valiéndose de la función que identifica al representante con el representado; en esta forma el problema que implica la representación, de ninguna manera es resuelto.

TEORIA DEL NUNCIO.

Los autores que sostienen esta teoría, estiman que el representante es sólo un mensajero que no declara su voluntad, sino la del representado.

Esta teoría nadie la defiende hoy, y se le critica diciendo, que quien dice que un representante es sólo un mensajero significa privarlo de su carácter de representante.

Los argumentos citados para rechazar la teoría de la ficción bastan para considerar insostenible la que ahora nos ocupa, ya que con base en ellos, ni por asomo podríamos explicar, ni mucho menos justificar la

llamada representación legal; y respecto a la voluntaria, la actuación del mandatario; podría equipararse a la de un mensajero que se reduce a expresar la voluntad ajena, sólo cuando aquél ha recibido instrucciones muy precisas.

TEORÍA DE LA COOPERACION.

Mitteis, propuso esta teoría, según la cual, afirma que en la representación participan tanto el representado, como el representante, en la celebración del acto jurídico, de tal manera que éste es producto de la cooperación de ambas voluntades.

Considerando lo anterior, nos surge la siguiente pregunta ¿Cuál de ambas voluntades, es la que tiene mayor relevancia? a lo cual respondemos, que depende de las circunstancias que concurran en cada caso; si el representante recibe instrucciones muy precisas del representado de tal modo que su margen de acción sea muy reducido, la voluntad de éste último, es la más importante; pero en cambio, si el representante recibe indicaciones generales, quedándole una amplia facultad discrecional, será su voluntad la que deba atenderse especialmente; y por último, pudiera suceder que ambas volun

tades tuvieran igual importancia, en el caso de que las instrucciones dadas por el representado precisaran ciertos puntos y dejaran otros a la decisión del representante.

De ahí que en el mandato en general y en la representación legal se deba atender especialmente a la voluntad del representante; y en el mandato especial, a la del representado; y en los mandatos que se encuentran determinados sólo algunos elementos, se atiende a la voluntad de ambos simultáneamente, en la parte concreta que a cada uno le corresponda.

TEORIA DE LA SUBSTITUCION REAL DE LA PERSONALIDAD DEL REPRESENTADO POR LA DEL REPRESENTANTE.

Los autores de esta teoría sostienen que el representante substituye real y completamente la personalidad jurídica del representado, en la celebración del acto jurídico, lo que origina que los efectos jurídicos se den en la esfera patrimonial del representado y no en la del representante.

Borja Soriano considera, que esta teoría

es la mejor desde el punto de vista doctrinal, sin embargo; señala que dado el pensamiento imperante cuando se redactó nuestro Código Civil de 1870, del cual proceden los de 1884 y 1928, la tesis que debió influir en él, fué la de la ficción. Por lo que, manifiesta, que debemos interpretar nuestros preceptos legales en materia de representación, con el criterio de esa teoría, admitiéndola, como la acoge Geny.

Ahora bien, nosotros consideramos que esta teoría indica con toda claridad el funcionamiento de la representación, basándose en la realidad y esto constituye un innegable adelanto sobre las teorías expuestas con anterioridad.

El problema teórico de la representación no ha sido explicado ni satisfactoria, ni definitivamente por la doctrina moderna. Aunque admitida por la legislación positiva de todos los pueblos, la posibilidad de constituir una relación jurídica eficaz en favor o en contra de una o varias personas extrañas al acto, por la actuación de otra persona, representante legal o mandatario, no están de acuerdo la mayoría de los tratadistas sobre la verdadera naturaleza de la representación.

D. UTILIDAD DE LA REPRESENTACION.

La función y la importancia de la representación son claras y evidentes, si se considera que al representado se le facilita la realización de actos jurídicos, resultando una comodidad, que el Derecho concede a las personas a fin de multiplicar sus actividades jurídicas y económicas, al valerse de alguna o varias personas llamadas representantes, para vincularse con un tercero, sin que se vean obligados a transportarse a los diversos sitios en que se celebran tales actos, siendo notorio que con ello, se evitan las imposibilidades materiales que en ocasiones impiden la celebración de tales actos. Nadie puede materialmente encontrarse en una pluralidad de sitios; pero jurídicamente hablando, es posible hacer que una misma persona esté celebrando un contrato en una ciudad, compareciendo como testigo en otra y reconociendo a un hijo en una tercera, al mismo tiempo.

Y en el caso de aquéllos que sufren alguna incapacidad de ejercicio, la ley les otorga por medio de la representación un conducto idóneo para poner en movimiento su patrimonio. Por lo que tienen la función de suplir la falta de facultad de obrar de los incapaces; así, un menor puede ser representado por el ascendiente

que ejerza sobre él la patria potestad, y un enajenado mental mayor de edad puede ser representado por su tutor.

De lo anteriormente expuesto, se deduce que, la representación ofrece una doble ventaja; por parte del representado se da la utilización de la habilidad ajena para la celebración de actos jurídicos; y por otra parte tratándose de la representación legal, se tiene la posibilidad de activar la capacidad de ejercicio de quienes no poseen ésta o la tienen limitada.

Así, tendremos entonces que, por sus efectos en el patrimonio del representado y no del representante y por la amplitud de negocios en que puede manifestarse, se explica la importancia que tiene la representación en nuestros días, resultando la representación un elemento necesario cualquiera que sea la forma como se origine o estructure la vida económica y social de una comunidad.

E. DIFERENCIAS ENTRE PODER, REPRESENTACION Y MANDATO.

Es conveniente señalar que los tres con

ceptos mencionados, no deben confundirse, por las razones que a continuación exponaremos.

" El poder es el otorgamiento de facultades que da una persona llamada poderdante a otra denominada apoderado para que actúe en su nombre, es decir, en su representación. "(11)

" La representación " es la acción de representar, o sea, el acto por el cual una persona dotada de poder, y llamada representante, obra a nombre y por cuenta de otra llamada representada " o " dominus del negocio ". "(12)

De las definiciones anteriores, podemos deducir que la representación exige un poder, pero no debemos confundir a la representación con el poder; en virtud de que éste es la facultad que se le otorga a determinada persona, en tanto que la representación es el ejercicio de ese poder.

(11) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. Representación, Poder y Mandato, Ob. Cit. pág.22

(12) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. La Familia en el Derecho, Porrúa, S.A., México, 1984, pág. 290.

Manuel Chávez Asencio, señala que tanto el poder como la representación reconocen tres orígenes posibles; la ley, el contrato de mandato, y por último, la representación que se origina por resolución judicial cuando se exige un representante común en actos procesales.

Se ha considerado por los tratadistas, que la fuente jurídica del poder, es la declaración unilateral de la voluntad del poderdante de conferir facultades representativas al apoderado, lo que ha facilitado su distinción de otras figuras como la del mandato, fideicomiso, sociedad y prestación de servicios profesionales entre otros. Sin embargo; Pérez Fernández del Castillo considera que el poder no puede utilizarse, ni desarrollarse en forma abstracta e independiente, sino unida a cualesquiera de las figuras jurídicas mencionadas, por lo que señala que, el poder es un " negocio " abstracto; ya que no se refiere a casos concretos; y autónomo, porque puede existir en forma independiente de cualquier otro negocio, pero para su aplicación requiere de la unión con otro negocio que exprese el alcance de la representación.

Actualmente se halla establecida la diferencia en forma clara y aceptada por nuestra jurisprudencia y doctrina entre la representación y el mandato.

La representación voluntaria puede constituirse mediante el contrato de mandato, y dicha representación se diferencia de la llamada representación legal, porque la primera se origina de un acuerdo de voluntades entre mandante y mandatario y se consignan en el contrato los poderes que tendrá el representante; y la segunda se deriva de la ley y en ella se señalan las facultades o poderes de quien representa.

El mandato es definido por el artículo 2546 de nuestro Código Civil Vigente, en los siguientes términos: " El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga. "

A la persona que otorga el mandato, o sea, el representado se le llama mandante, y a quien va a ejercerlo, es decir, el representante, se le denomina mandatario.

De la definición legal del mandato, podemos desprender las siguientes características: es un contrato; sólo puede versar sobre actos jurídicos y nunca sobre actos materiales; el mandatario debe obrar por cuenta del mandante, pero no necesariamente en su nombre.

Alberto Vázquez del Mercado, señala que " el mandato es la relación que nace entre dos patrimonios, por el acuerdo de dos voluntades, mientras que la representación, es la relación que resulta entre dos patrimonios, del acuerdo de tres voluntades. "(13)

El mandato no es representativo, sin embargo; puede serlo si va unido con el otorgamiento de un poder, es decir, el mandato siempre requiere del poder para ser representativo y surta efectos entre mandante y tercero. Hay mandatos sin poder, poderes sin mandato y por último, el poder y el mandante pueden ocasionalmente coincidir.

La relación material de mandato tiene su origen en un contrato, obligatorio interparte, en virtud del cual el mandatario se compromete a realizar una actividad por cuenta del mandante, pero sin que pueda obrar a nombre de éste, mientras que el poder es una declaración unilateral de la voluntad.

(13) VAZQUEZ DEL MERCADO, ALBERTO Teoría de la Representación en las Obligaciones, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, año 4, No. 4, México, 1980, pág. 56.

C A P I T U L O

II

LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE.

A. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.

La patria potestad es una de las instituciones más antiguas que ha conocido la humanidad. Sus orígenes se remontan hasta el Derecho Romano, del cual se conservan principios rectores en nuestra legislación actual, el antecedente más inmediato de nuestras leyes lo encontramos en la legislación francesa. Tanto el Derecho Romano como el francés y nuestra actual legislación, determinan como objeto principal de la institución la protección de los descendientes.

No obstante observamos que en los primitivos tiempos de Roma, el poder que ejercían los padres sobre los hijos era absoluto, tanto en su persona como en sus bienes. Sin embargo; ha evolucionado el concepto de patria potestad de acuerdo a las necesidades sociales y el Derecho antes estricto y riguroso se va humanizando y perfeccionando.

La expresión patria potestad viene " del latín patrius, a, um, lo relativo al padre, y potestas, potestad. "(14)

En la doctrina se viene señalando desde hace tiempo, que el nombre de la institución " patria potestad " no corresponde al contenido de la misma, ya que potestad implica la idea de poder y realmente más que un poder es una protección. Por lo que, han habido intentos para substituir la expresión patria potestad, por alguna más exacta, como por ejemplo, se habla de denominarla "de la autoridad de los padres y de las madres ", " poder parental ", " derechos y deberes respectivos de los hijos y de los padres ", etc., pero los intentos de renovación terminológica no han llegado a triunfar, y algunos auto

(14) DE IBARROLA, ANTONIO. Derecho de Familia, Porrúa, S.A., México, 1978, pág. 415.

res señalan que resulta difícil sustituir la expresión " patria potestad "; lo que impide al conservar dicho término, concebir a tal institución al modo de hoy.

Y " " Como dice Manresa, siguiendo a Laurent, " no hay obstáculos en que se exprese con un nombre antiguo un concepto nuevo "; y como nota Puig Peña, " son muchos los casos en los que las palabras del diccionario jurídico subsisten en los labios de las gentes, aún habiendo cambiado de significado; y siendo constante el uso del término patria potestad, no hay razón fundamental para suprimirlo, siempre que la normación del instituto esté sintonizada con sus modernas concepciones ". "(15) Tomando en consideración lo dicho, nuestro Código Civil sigue conservando el término patria potestad.

Colín y Capitant definen a 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,

(15) CASTAN VAZQUEZ, JOSE MARIA. La Patria Potestad, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1960, pág. 7.

de alimentación y educación a que están obligados. "(16)

Por su parte Planiol la define como " el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales. "(17)

La patria potestad es una institución que tiene su base u origen en la filiación, es decir; en la relación padres - hijos.

Es una institución plenamente orientada a la protección de los menores, de ello no se desprende de ninguna manera de que quienes ejercen la titularidad o potestad tengan solamente obligaciones para los menores, sino también están investidos de derechos.

(16) GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho Civil, primer curso, 6ª edición, Porrúa, S.A., México, - 1983, pág. 669.

(17) PLANIOL, MARCEL Y GEORGES RIPERT. Tratado Elemental de Derecho Civil, Tr. de la 2ª edición Francesa por el Lic. José M. Cajica Jr., Editorial José M. Cajica Jr., Distribuidores Porrúa Hnos. y Cia., México, pág. 251.

La patria potestad no sólo tiene como materia de actividad las relaciones puramente personales, entre los sujetos de la patria potestad, sino que se extiende sobre el elemento patrimonial que poseyese el menor sujeto a ésta.

Nuestro Código Civil vigente desarrolla en tres capítulos comprendidos en el título octavo de su libro primero, todo lo relativo a la institución de la patria potestad, absteniéndose de definirla. Simplemente establece que los hijos menores de edad están sujetos a ella mientras exista algún ascendiente que deba ejercerla y su ejercicio recae como ya se mencionó sobre la persona y los bienes del menor no emancipado.

Por nuestra parte, no aspiramos a esbozar una definición perfecta de la patria potestad, sin embargo; apuntamos modestamente que entendemos por ésta " el conjunto de derechos y obligaciones que la ley otorga al padre y/o a la madre, y subsidiariamente a los abuelos paternos o maternos, respecto de la persona y bienes de los hijos menores no emancipados, para hacerles posible el cumplimiento de sus deberes frente a terceros.

Cabe señalarse que se admite generalmente, que la patria potestad, es una institución natural,

ya que la misma naturaleza al conferir a los padres las personas de los hijos, parece atribuirles la función que entraña obligaciones y facultades de protegerles y educarles.

B. CARACTERES DE LA RELACION PATERNO FILIAL.

De la relación paterno filial se desprenden los siguientes caracteres: la patria potestad es irrenunciable, intransferible por la voluntad de quien la ejerce e imprescriptible.

La patria potestad no es renunciable, así lo establece el artículo 448 del Código Civil, señalando también, que sólo aquéllos, a quienes corresponde su ejercicio, pueden excusarse, cuando hayan alcanzado la edad de sesenta años o quien por su mal estado habitual de salud no pueden atender debidamente a su desempeño.

La patria potestad no puede renunciarse, toda vez, que es una función de orden público que constituye una de las bases de la familia, y tanto ésta, como la sociedad y el Estado, tienen interés especial en el logro del adecuado desarrollo integral del menor, y no

puede ser dejada a la voluntad de los que la ejercen, por lo que, el artículo 6º del Código Civil establece "...56 lo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros ", en el caso, la renuncia al ejercicio de la patria potestad por el ascendiente que debe desempeñar al cargo, perjudicaría los derechos de los menores que se encuentran sujetos a ella, al incumplir con sus obligaciones derivadas del cargo que se le confiere. Así mismo, el artículo 8º del Código Civil señala que; " los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en que la ley ordene lo contrario. "

La patria potestad está fuera del comercio y no puede, por tanto cederse en todo ni en parte; sin embargo; puede transmitirse en el caso de la adopción y el artículo 403 del Código Civil, al respecto establece que, " los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges. "

Por lo anterior, podemos deducir que la

patria potestad es intransmisible por la voluntad de los particulares y que sólo es transmitida a consecuencia de que el Juez de lo Familiar haya aprobado la adopción, como medida protectora del interés del adoptado.

Cabe señalar, que puede delegarse en un tercero, derechos concretos derivados de la patria potestad, por ejemplo, en el caso de que el padre interne a su hijo en un colegio, no hay transmisión de la patria potestad, que sin duda sigue atribuida al padre; lo que ocurre es que éste se vale de terceros para ejercer el derecho y la obligación de educar y custodiar al hijo.

El tercer carácter que presenta la patria potestad, es su naturaleza imprescriptible, es decir, que los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad no se extingue por el transcurso del tiempo.

C. NATURALEZA JURIDICA.

La patria potestad tiene su origen en la maternidad y en la paternidad. A los progenitores incumben el cumplimiento del ejercicio de ésta.

Por lo que la patria potestad es una ing

titución necesaria que da cohesión al grupo familiar que tiene su origen en la relación de filiación.

A la patria potestad se le ha considerado como una institución, definiéndola como el conjunto de de rechos que la ley confiere a los ascendientes sobre la persona y los bienes de los menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de los correlativos deberes relativos al sostenimiento y educación de éstos. De ahí que los deberes que integran la patria potestad constituyan el medio necesario para asegurar el futuro del menor de edad sujeto a ésta.

Por otra parte, la patria potestad está constituida por un conjunto de poderes; para colocar a los titulares de la patria potestad, en la posibilidad de cumplir los deberes que les conciernen respecto de los menores. Para el logro de las finalidades propuestas, existe evidentemente el interés de los que ejercen la patria potestad, mismo que debe coincidir con el interés general del grupo social al que pertenecen. Así encontramos, que si bien la patria potestad es un cargo de derecho privado, se ejerce en interés público.

Sobre los ascendientes recae el ejercicio de la patria potestad, y no están en la posibilidad de re

nunciar a su cargo, más tienen cierto campo de libertad en lo que se refiere a la oportunidad, a la manera y a la idoneidad de los medios empleados para cumplir con su función, pero esta libertad se encuentra circunscrita dentro de los límites que marca el cumplimiento de las obligaciones propias de la patria potestad.

Por lo tanto, los poderes que atribuye la patria potestad, deben ejercerse siempre en interés del menor. No se han creado en interés de las personas que ejercen tal función, sino que el ordenamiento jurídico al establecer un ámbito de libertad en su ejercicio, confía a sus titulares la protección de los menores, así como la administración de los bienes de éste. La garantía al cumplimiento de esa importante función descansa en los lazos de afecto, que deben existir entre los titulares del ejercicio de la patria potestad y los sujetos a ésta.

Por lo que más que un poder la patria potestad es actualmente, una verdadera función impuesta en interés social, pues en el transcurso de los tiempos ha evolucionado, perdiendo el carácter autoritario que tuvo en el Derecho Romano y en el Germánico, hasta convertirse en una institución destinada a la defensa de la persona y bienes del menor y a quien no es ajena la intervención estatal.

Mendizabal Oses, al respecto expresa que " la nueva doctrina del derecho del menor, mantiene la teoría de que la menor edad, debe ser esencial y particularmente protegida por el Estado, a través de una función de vigilancia, educación y protección. "(18)

D. PERSONAS A QUIENES CORRESPONDE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

" Art. 414.- La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

I. Por el padre y la madre;

II. Por el abuelo y la abuela paternos;

III. Por el abuelo y la abuela maternos. "

La patria potestad legalmente se ejerce

(18) MENDIZABAL OSES, L. Derecho de Menores, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, España, 1977, pág. 125.

sobre los hijos en los casos y circunstancias que expresamente señala la ley, su finalidad es la de proteger los intereses de éstos; es por eso que precisamente el legislador ha querido que la patria potestad, como regla general, se ejerza por los padres conjuntamente, y como excepción, debe ejercerla uno de ellos; y solamente a falta o impedimento de los padres, entrarán al ejercicio de la misma, los que siguen, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Cuando los padres han reconocido al hijo fuera de matrimonio y viven juntos, ambos ejercerán la patria potestad; pero si viven separados se sujetarán en principio al convenio que entre ellos tengan, y si no lo hubiere o no lo hicieren, el Juez de la Primera Instancia, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyese conveniente a los intereses del menor, procurando desde luego que él mismo crezca y desarrolle superpersonalidad en un medio propicio para ello.

En el caso de que los padres no viviesen juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiese reconocido al menor, salvo convenio entre los padres y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyese necesario modificar el convenio mediante causa grave.

En los dos últimos casos, cuando por cualquier circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro y a falta de los padres, la ejercerán los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414 del Código Civil, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Sobre el hijo adoptivo ejercerán la patria potestad únicamente las personas que lo hayan adoptado.

E. PERSONAS SOMETIDAS A LA PATRIA POTESTAD.

Al respecto es bastante claro y preciso nuestro Código Civil al precisar quienes se encuentran sujetos en el ejercicio de la patria potestad para lo cual sólo nos basta remitirnos al artículo 412 que dispone:

" Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley. "

Son pues, únicamente dos condiciones que

requiere el Código para considerar a una persona sujeta a la patria potestad:

a. Que sea mayor de edad.

b. Que aún siendo menor de edad no se encuentre emancipado.

La mayoría de edad de acuerdo con el artículo 646 del Código Civil, comienza a los dieciocho años cumplidos y el artículo 647 del mismo ordenamiento señala que el mayor de edad puede disponer libremente de su persona y de sus bienes.

Por lo que hace a la emancipación podemos decir, que no siempre ha sido el mismo concepto que se tiene de esta institución jurídica, así como de las consecuencias que de la misma se derivan.

Por virtud de la emancipación, el menor de edad sale de la patria potestad, disponiendo así libremente de su persona y de la administración de sus bienes, con las restricciones que señala el artículo 643 del Código Civil, que establece:

" El emancipado tiene la libre administra

ción de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;

II. De un tutor para negocios judiciales. "

Nuestro Código Civil reconoce solamente la emancipación a virtud del matrimonio. Así, el matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho su emancipación, y aunque el matrimonio se disuelva durante la minoría del cónyuge, éste no recaerá en la patria potestad.

F. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN CUANTO A LAS PERSONAS.

Al denominar este punto y el que sigue como efectos de la patria potestad, queremos decir con ello, que habremos de ocupar nuestra atención al estudio de los derechos y obligaciones que otorga e impone la ley

a los sujetos que intervienen en las relaciones reguladas y derivadas de la patria potestad.

En este punto nos ocuparemos someramente de los efectos de la patria potestad en relación a las personas, tanto de las que ejercen, como de las que están sometidas a ésta, posteriormente en el capítulo que si gue, trataremos cada uno de los efectos de manera más am plia.

En el Código Civil se establece que los hijos independientemente de su edad, estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y ascendientes. Y estando sujetos a la patria potestad no podrán dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o en vir tud de decreto de autoridad competente. Siendo una natu ral consecuencia de la obligación impuesta al hijo de con vivir con quienes ejercen la patria potestad sobre él, que su domicilio legal sea el mismo donde éstos residen.

Las personas que ejercen la patria potes tad tienen obligación de educar convenientemente al me nor sujeto a ésta, para lo cual tienen la facultad de co rregirlo cuando sea necesario y la obligación de obser var una conducta que sirva de buen ejemplo.

Estas obligaciones y facultades están li

mitadas, pues no comprenden el maltrato de menores, sea físico o mental. Los Consejos Locales de Tutela, el Ministerio Público y el Juez de lo Familiar, en su caso, pueden vigilar el exacto cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de facultades derivadas de la patria potestad. También pueden ser auxiliares del ejercicio de la misma mediante el uso de amonestaciones y correctivos.

De la obligación de vigilar al menor, se desprende la responsabilidad en que incurren las personas que ejercen sobre él la patria potestad por los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que actúan bajo su poder y que habitan con ellos, si esos daños se han causado porque no han ejercido suficiente vigilancia sobre la persona del menor que se encuentra bajo su custodia, aún cuando el hecho dañoso haya ocurrido fuera de su presencia.

En cuanto a la obligación alimenticia que deben cumplir los padres respecto de sus hijos y los hijos respecto de sus padres no es específica de la patria potestad, ya que constituye una de las consecuencias principales del parentesco, puesto que subsisten, aunque se extinga la patria potestad.

Ignacio Galindo Garfias al respecto señala

la que " sin embargo; siendo la filiación el nexo más fuerte, de parentesco y atendiendo a la función esencial de la patria potestad que consiste en el cuidado y formación de la persona del hijo menor de edad no emancipado, este deber de proporcionarle alimentos, tiene caracteres más apremiantes y ostensibles respecto de los ascendientes que ejercen la patria potestad, por la naturaleza, misma de la función, en la que coinciden como ya se ha dicho, el interés del grupo familiar y el interés estatal. " (19)

En nuestro Derecho la obligación de dar alimentos se puede satisfacer de dos maneras: mediante el pago de una pensión alimenticia, o incorporando al acreedor en la casa del deudor.

Los que ejercen la patria potestad son representantes legítimos de los que están bajo de ella, y es una consecuencia de que a ellos se les ha encomendado el cuidado de la persona y los bienes del menor, así mismo, no pueden los menores no emancipados contraer obligación alguna, ni comparecer en juicio, sin el consentimiento

(19) GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho - Civil, Ob. Cit., pág. 682.

miento de los ascendientes que desempeñan ésta función, quienes son sus legítimos representantes. La obligación de representación afecta no sólo a los actos judiciales, sino también a los de carácter extrajudicial.

G. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN CUANTO A LOS BIENES.

De igual manera que al estudiar los efectos de la patria potestad en relación a las personas, estudiaremos los efectos de dicha institución por lo que hace a los bienes del menor, es decir; que al hacer mención de los efectos tendremos en mente precisamente el conjunto de derechos y obligaciones derivados del ejercicio de la patria potestad, en relación a los bienes del menor sujeto a ésta.

Primeramente nos ocuparemos de la división que hace nuestro Código Civil Vigente de los bienes del menor mientras esté sujeto a la patria potestad, que son de dos clases; los bienes que adquieren con su trabajo y los que adquiere por cualquier otro título.

Los primeros pertenecen en propiedad y administración exclusiva del menor, inclusive los produc

tos y rendimientos; y en cuanto a los bienes obtenidos por cualquier otro título, por ejemplo, por herencia, donación, lotería, etc., la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al menor, y la administración y la otra mitad del usufructo corresponden al que ejerce la patria potestad.

Los titulares de la patria potestad pueden renunciar a su derecho a la mitad del usufructo, considerándose tal renuncia como una donación, cuando ésta se hiciese en forma legal, en favor del menor sujeto a la patria potestad.

En principio, los que ejercen la patria potestad, tienen la libre disposición y administración del patrimonio del menor no emancipado, pudiendo obligar a éste, mediante negocios de carácter patrimonial. Más por seguridad de los bienes del menor, los titulares de la patria potestad tienen prohibición de enajenar o gravar bienes muebles o inmuebles, sin evidente utilidad y absoluta necesidad y previa autorización del Juez competente.

Así mismo, tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir rentas anticipadas por más de dos años, ni podrán ven

der valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganado por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta, ni hacer remisión de deudas, donaciones, ni otorgar fianzas en su representación.

Los Jueces tienen la facultad de dictar las medidas necesarias para impedir que por torpe administración se derrochen o disminuyan los bienes del menor, estas medidas se tomarán a solicitud del menor si tu viese catorce años cumplidos, del Ministerio Público o de quien tenga interés legal.

Aquéllos que ejercen la patria potestad tienen obligación de rendir cuentas y de entregar a los menores sujetos a ésta, luego que se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

H. FORMAS DE TERMINACION DE LA PATRIA POTESTAD.

El ejercicio de la patria potestad puede excusarse, suspenderse, perderse o extinguirse.

La patria potestad se excusa por causa

señalada por la ley que dispensa la obligación de ejercer tal cargo; se suspende, cuando por razón de alguna incapacidad no la puede seguir desempeñando quien la ejerce o por haber sido éste sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión; se pierde, cuando por motivos en que aparece culpabilidad del titular, en el cumplimiento de sus obligaciones, dispone la ley de su privación; y se extingue cuando, sin responsabilidad por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando acontecimientos por los cuales deba concluir.

I. POR EXCUSA.

La patria potestad no es renunciable, sólo puede ser objeto de excusa cuando quien debe ejercer la tenga sesenta años cumplidos o cuando por su mal estado de salud habitual no pueda atender debidamente a su desempeño. (art. 448 del C.C.)

2. POR SUSPENSION.

Los supuestos de cuya realización depende la suspensión del ejercicio de la patria potestad, se encuentran señalados en el artículo 447 del Código Civil que establece:

" I. Por incapacidad declarada judicial
mente;

II. Por ausencia declarada en forma;

III. Por sentencia condenatoria que im
ponga como pena esta suspensión. "

No creemos que amerite mayor explicación el primer supuesto relativo a la incapacidad, pues se tiene en cuenta que precisamente el que o los que ejercen la patria potestad, lo hacen en virtud de que quienes están bajo ésta, son incapaces para bastarse así mismos; y el peso de la lógica nos lleva a deducir que un incapaz, no puede ser representante de otro incapaz.

Desde luego, cabe anotar que la incapaci
dad a la que se refiere la fracción I del artículo ya re
ferido, debe ser declarada judicialmente y con las forma
lidades inherentes a los juicios correspondientes.

En relación a los caos en los que la sus
pensión del ejercicio de la patria potestad sea consecuen
cia de haber sido declarado en forma el que o los que la
ejercen, ausentes, el artículo 651 del Código Civil, dis
pone que:

" Si el ausente tiene hijos menores, que estén 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. "

El propósito del legislador al preveer la situación en que quedarían los menores tratándose de ausencia formalmente declarada, consideramos que lo hizo con el ánimo y espíritu proteccionista buscando el beneficio de los menores.

En cuanto al tercer caso, en que se suspende el ejercicio de la patria potestad a consecuencia de una sentencia condenatoria que impone dicha pena, po demos señalar, que no se menciona la esfera jurisdiccional de la que proviene tal sentencia. Nosotros consideramos que dicha sentencia puede ser consecuencia tanto de una sanción civil, como de una sanción penal, pues no encontramos la imposibilidad de que se condene a quien ejerce la patria potestad a la suspensión del ejercicio de ésta, a causa de una sanción penal.

La patria potestad se reanuda nuevamente si el incapacitado recupera sus facultades mentales, si

el ausente aparece o cuando el condenado cumple su sentencia; todo ello antes de que el menor llegue a la mayoría de edad.

3. POR PERDIDA.

El ejercicio de la patria potestad se pierde:

- a. Por sentencia judicial que condena a la pérdida de ese derecho o cuando el que la ejerce es condenado dos o más veces por delitos graves; (20)

(20) El término "grave" acarrea serias dificultades por la imprecisión del mismo. La doctrina en esta materia, no es unánime, pues un mismo tipo de delitos, puede revestir mayor o menor gravedad según el criterio que se siga, sea el de la gravedad de la pena que se castigue la conducta delictuosa, o las circunstancias que concurren, para calificar el grado de delito. " Si en realidad, debiera clasificarse los delitos en " muy graves " o " gravísimos ", " graves " o " menos graves ", podría ensayarse el concepto de " delitos graves " del orden común, como el de aquellos que en su formación, toman en consideración determinado bien jurídico tutelado por el tipo, así como el requisito que en su caso exija el mismo tipo para aumentar la pena, es decir, un delito grave del orden común, vendría a ser determinado tipo especial o complementado, cualificado, lo que significaría que para la configuración del delito grave se habría de considerar el objeto jurídico y el requisito exigido por el tipo, que eleve la penalidad. " PORTE PETIT CANDAU DAP, CELESTINO, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Porrúa, S.A., México, 1983, pág. 203.

- b. Por efectos del divorcio, tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 283 del Código Civil.
- c. Cuando el mal comportamiento de los que la ejercen, pone en peligro la salud, la seguridad o la moralidad del menor.
- d. Por la exposición que hiciesen del menor los que sobre él ejercen la patria potestad.
- e. Por abandonar a los menores por más de seis meses.

4. POR EXTINCION.

La forma en que se extingue lo establece el artículo 443 del Código Civil, que dice:

" 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 matri

monio;

III. Por la mayor edad del hijo. "

Solamente comentaremos que con relación a la primera fracción, en el supuesto de que al morir el padre o la madre, los demás ascendientes llamados a desempeñar la patria potestad, (en la forma prevista por la ley aplicable), se encontraren impedidos para dicho ejercicio o bien no viviesen, se nombrará al menor un tutor conforme al artículo 449 del Código Civil vigente.

C A P I T U L O

III

E F E C T O S D E L A P A T R I A P O T E S T A D .

A. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

En el presente capítulo nos referiremos a los efectos de la patria potestad, es decir, señalaremos las obligaciones y derechos que impone y otorga la ley a los sujetos que intervienen en las relaciones derivadas de la patria potestad. Dichos efectos, se encuentran regulados en nuestro Código Civil vigente, en los capítulos I y II del Título VIII, del libro primero.

I. OBLIGACION DE CUIDAR Y VIGILAR A LOS MENORES DE EDAD
SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD.

Los que ejercen la patria potestad tienen la obligación de cuidar y vigilar a los menores de edad sujetos a ésta, por lo tanto, deben de cuidar de sus acciones y de su desenvolvimiento, conduciendo sus actos y regulando sus relaciones sociales.

Por ello, tienen la guarda del menor no emancipado, misma que se entiende como un medio de protección material que "" implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, ...; y 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 procurar en la satisfacción de todas sus necesidades... "" (21)

Tomando en cuenta que la finalidad de la

(21) GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho Civil, Ob. Cit., pág. 682.

patria potestad es proteger los intereses de los sujetos a la misma; en la ley se establece por regla general que ésta se ejerza por los padres conjuntamente, y solamente como excepción debe ejercerla uno de ellos.

De lo anterior se deriva, que en caso de separación, divorcio, o anulación de matrimonio, es evidente que el menor no puede vivir con ambos padres al mismo tiempo, pero eso no impide que los que ejercen la patria potestad cumplan con sus obligaciones, porque el tiempo que comparte cada uno de los progenitores separados con el menor, es tiempo en que éstos deben velar por él, y admitir lo contrario, sería como decir, que uno de los progenitores o ambos, no son guardadores en tales momentos y en consecuencia no deben velar por la integridad del menor, ni tener todos los cuidados que éste requiere.

Por otra parte, para Planiol - Ripert Rousat " el padre o la madre que se ve privado de la guarda del hijo (en caso de divorcio), conserva un derecho de vigilancia (art. 303 Code Civil), que se ejerce habitualmente bajo la forma de derecho de visita, del derecho de correspondencia con los hijos, y el derecho de velar por la instrucción del niño y su educación

religiosa. "(22)

Consideramos pertinente señalar que el de recho de visita, busca y pretende proteger la relación personal y la corriente de afectos entre los sujetos a la patria potestad y los que la ejercen. Los llamados días de visita, son días en que los progenitores tienen a su cuidado al menor y deben velar por su bienestar fí sico y psíquico.

2. OBLIGACION DE OBSERVAR UNA CONDUCTA QUE SIRVA DE BUEN EJEMPLO.

Independientemente de la situación y ca pacidades personales de los que ejercen la patria potestad en éstos recae la facultad y responsabilidad de los menores y la imagen positiva o negativa que proyecten siempre influirá en el desarrollo del menor, porque la educación de los menores se realiza tanto a través del

(22) RIVERO HERNANDEZ, FRANCISCO Y OTROS. El Derecho de Visita. Teoría y Praxis, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, España, 1982, pág. 209.

ejemplo como de las enseñanzas e indicaciones verbales, principalmente de los que conviven con ellos.

Por ello, la personalidad del menor, en particular su conducta social, ésta determinada por la actitud de los que ejercen sobre él la patria potestad, y son éstos los modelos a seguir para la formación de sus ideales y valores, así como dirigen su atención, le transmiten normas, le enseñan a colaborar, a compartir, etc., en suma orientan su aprendizaje y educación, para que los menores puedan tener mejor adaptación al medio social en que se desenvuelvan.

Las formas de conducta del menor se modifican hasta cierto punto, cuando éste asiste a la escuela, clubes sociales, los grupos de la iglesia, los grupos de niños exploradores, entre otros, pero la conducta de los que ejercen sobre él la patria potestad y la experiencia que el hogar les haya proporcionado seguirán siendo la fuerza de mayor impacto en la formación de su personalidad.

Por las razones expuestas, en nuestro Código Civil vigente en su artículo 423, se establece que tienen la obligación los que ejerzan la patria potestad o los que tengan hijos bajo su custodia de observar una

conducta que sirva de buen ejemplo a los menores sujetos a ésta.

3. OBLIGACION DE RESPETAR Y OBEDECER A SUS PADRES.

La patria potestad, es una función ejercitable en beneficio de los menores, que entraña esencialmente obligaciones para los que la ejercen, sin embargo, el cumplimiento de ésta función, exige a su vez, una su misión y dependencia de los sujetos a ésta, por lo que és tos también tienen obligaciones que cumplir.

El Código Civil vigente en su artículo 411, estatuye:

" Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición; deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. "

Tal disposición comprende de este deber moral de los hijos, no solo a los padres como titulares del ejercicio de la patria potestad, sino también a los demás ascendientes.

La obligación de honrar y respetar a sus

padres y demás ascendientes, subsiste incluso después de extinguida la patria potestad, y podría por ello afirmarse, que no procede de ella sino de la filiación, sin embargo, creemos que el deber de respeto debe incluirse en la problemática de la patria potestad, toda vez que constituye una obligación de los sujetos a ésta.

Por lo que De Pina, señala que " se trata de un deber predominantemente ético, que no se extingue por la emancipación y es, por lo tanto, consecuencia más bien que de la patria potestad en sentido específico de la relación paterno - filial, en sentido amplio. "(23)

Entendiendo por respeto " el acatamiento que se hace a uno; manifestaciones de acatamiento que se hacen por cortesía. "(24) Podemos decir, que el menor debe entonces a los que ejercen la patria potestad sobre él, obediencia, es decir, que debe cumplir la voluntad de éstos, sin embargo, ésta obligación de obediencia es temporal, ya que no tiene más razón de ser que el bien del

(23) DE PINA, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, vol. II, 7ª edición, Porrúa, S.A., México, 1975, pág. 377.

(24) DICCIONARIO ENCICLOPEDICO. T.17, 16ª edición, editorial Salvat, Barcelona, España, 1986, pág. 368.

menor. En cambio su obligación de afecto y respeto entendido éste último como " consideración, atención ", sí abarca toda la vida.

Ahora bien, la obligación de obediencia en el pasado fué más riguroso, de acuerdo con los poderes más amplios del padre, y en época presente ofrece una suavización de éste, y aunque, no puede llegar a desaparecer, por estar íntimamente ligado al ejercicio de la patria potestad, éste deber supondrá, concretamente el cumplimiento del menor de las órdenes lícitas, del que ejerce sobre él la patria potestad, por ejemplo, el menor obedece, al vivir con sus padres y acompañar a éstos cuando se muden de residencia, a estudiar en el establecimiento docente que se le designe, a prestar servicios en su casa en la medida de sus posibilidades, etc., y se entenderá entonces, por desobediencia a la negativa a aceptar la decisión de los que ejercen la patria potestad sobre él, en alguno de los casos mencionados.

Así mismo, podemos estimar como actitudes contrarias al deber de respeto, los actos que redunden en desprestigio de sus padres y demás descendientes, y sean realizados por los hijos, sin necesidad legal para ello.

4. DERECHO DE CONVIVENCIA.

En este apartado nos referiremos a la o
bligación que tienen los que ejercen la patria potestad
de convivir y tener en su compañía a los menores de edad
no emancipados. Es una obligación que se funda en el
Derecho Natural y que permite cumplir con la función que
entraña la patria potestad.

Puede tener cumplimiento en la casa patern
na o en sitio distinto, más " debe, normalmente, ser cump
lida por el padre como dice Cicu, en el ambiente más idón
neo, que es el de la familia " pues el hogar familiar es,
" el lugar más adecuado en principio para la vida del men
or. "(25)

Los titulares del ejercicio de la patria
potestad cumplen, normalmente la obligación de convivenc
ia con los menores, teniendo a éstos en su hogar. Por
tanto, los menores deben habitar en el hogar común de las

(25) CASTAN VAZQUEZ, JOSE MARIA. La Pa
tria Potestad, Editorial Revista de Derecho Privado, Ma-
drid, España, 1960, pág. 186.

personas que ejerzan la patria potestad; y el domicilio legal de los menores (art. 31 C.C.), y mientras estuvieren estos sometidos a la patria potestad, no podrán dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o por decreto de la autoridad competente. (art. 421 C.C.)

Estas disposiciones tienden a evitar los daños que la inexperiencia de quien se encuentra sometido a los efectos de la patria potestad podría ocasionar se, si pudiese dejar su hogar sin la autorización y consejo debidos y contraer obligaciones de cualquier género que pudiesen comprometer gravemente su persona o patrimonio.

Puede ocurrir, que las circunstancias impongan el alejamiento del menor de edad de la casa paterna o se aconseje conveniente para su educación, resultando a veces, que se les deje de internos en establecimientos de enseñanza, y en tales casos no podemos decir, que hay incumplimiento del deber de convivencia, más tampoco puede hablarse de renuncia al derecho de vivir con los menores de edad, este derecho que al propio tiempo es obligación, no es renunciabile.

Hay casos en los que no es posible la convivencia, como por ejemplo, cuando el hijo comete un de

lito por el que se le imponga pena privativa de libertad o el Tribunal resuelve morando la conveniencia del menor que éste viva en lugar distinto del domicilio paterno; o en los casos de divorcio, nulidad de matrimonio o separación. Deshecho el hogar de los menores no pueden ya vivir en compañía de ambos padres, se hace preciso, atribuir su guarda a uno de estos, mientras se resuelve acerca de la patria potestad.

Siendo también un derecho de los que ejercen la patria potestad el tener en su compañía a los menores, aquéllos pueden promover la vuelta de éstos a su domicilio legal en los casos, en que se hayan alejado o hayan sido sustraídos de él. Nos referimos a las siguientes hipótesis.

a. Si el menor abandonó la casa.

En este caso el artículo 421 del Código Civil, establece que sólo podrá hacerlo con autorización de los que la ejercen; o por decreto de autoridad competente, en tal caso, si no se realizó de ésta manera, se promoverá la vuelta de los menores a su domicilio legal.

b. Si el menor es retenido por un tercero.

La obligación de cuidar de la persona del

menor, comprende el derecho de exigir la devolución de éste, contra cualquiera que lo detenga ilícitamente. Se entiende que existe detención, cuando un tercero, influyendo física o psíquicamente sobre el menor lo mantiene alejado del que ejerce la patria potestad, y se señala como contraria a derecho la detención cuando el tercero no es tá facultado para ello.

Por lo tanto, los que ejercen la patria potestad, podrán exigir la devolución del menor contra cualquiera que lo retenga sin derecho para ello, de tal forma que, podrán reclamar contra el tercero que ha raptado al menor, contra el maestro que lo retiene en su casa o colegio, entre otros casos.

c. Si el menor es retenido lícitamente por un tercero.

El que ejerce la patria potestad no podrá reclamar al menor que sea retenido lícitamente por un tercero.

No cabe, pues, reclamación contra el cónyuge a quien a correspondido la guarda, tampoco podrán los padres suspensos en el ejercicio de la guarda y educación del menor apoderarse de éste, y sacarlo de la

guarda establecida por el tribunal de menores, ni retirar lo del establecimiento, familia o institución tutelar a quien se le hubiera encomendado para su observación o tratamiento.

5. DE LA REPRESENTACION.

La igualdad absoluta y esencial entre los hombres no supone igualdad absoluta de derechos y obligaciones, por lo que la ley al percatarse de las desigualdades que la misma naturaleza ha establecido, las toma en cuenta al regular y fijar la esfera de acción de cada individuo, tomando en cuenta las circunstancias en que éste se encuentre.

Así, el legislador se inspira en las leyes del desenvolvimiento físico, psíquico y moral del hombre, para regular con acierto el ejercicio de la capacidad jurídica de éste, sujetándola a determinadas condiciones según el caso, dado que el hombre, siendo un ser llamado a cumplir fines racionales, puede carecer de los medios conducentes a la realización de esos fines encontrándose así limitada su facultad de acción o bien puede hacer mal uso de las mismas y entonces se hace necesario li

mitar sus inclinaciones.

Es por eso, que en nuestro Derecho, la representación, es una figura jurídica que tiene por objeto suplir las deficiencias de la capacidad de obrar de algunas personas. En nuestro Código Civil vigente, en el artículo 23 señala que " la menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes. " El mismo Código Civil, en su artículo 450, nos dice que tienen incapacidad natural y legal los menores de edad; los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotimo, imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos; los sordomudos que no sepan leer ni escribir; los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes. "

Los menores de edad emancipados tienen - cierta incapacidad legal, pues requieren la autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces, y de un tutor para negocios judiciales. (art. 643 del C.C.)

En el artículo 425 del Código Civil vigen

te, se establece que los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y es en consecuencia de que a ellos se ha encomendado el cuidado de la persona y los bienes del menor. Así mismo, en el artículo 424 señala que el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquél derecho.

Así podemos señalar que, la obligación de representación afecta no solo a los actos judiciales si no también a los de carácter extrajudicial.

En nuestro país la patria potestad la ejercen ambos padres, si ninguno de ellos ha sido privado o suspendido de su ejercicio. Sin embargo, tratándose del derecho de representar a los hijos tanto en juicio como fuera de él, lo ejercerá solo uno de los progenitores, no obstante éste requiere del consentimiento expreso del o tro, para los actos más importantes y más aún de la auto rización judicial.

6. DE LA RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS.

" La obligación de reparar emergente de

la responsabilidad civil extracontractual se bifurca, según sus fuentes en dos grandes regímenes, la responsabilidad simple (responsabilidad directa por hecho propio) y las denominadas responsabilidades complejas, especiales o indirectas, generadas en los daños causados por dependientes del sujeto obligado a responder, o por las cosas de que se sirve o están a su cuidado. "(26)

La primera de las responsabilidades complejas, se le conoce como " responsabilidad por hecho ajeno ", y es el que nos va ocupar en el presente apartado.

La razón de que se haya reglamentado al respecto, radica en la necesidad de proteger a las personas contra los daños injustamente causados, al otorgarle la posibilidad de exigir una reparación de quien tiene bajo su dependencia al autor del daño, mismo que se encuentra en mejor condición que éste para resarcirlo.

Para que proceda la responsabilidad por hecho ajeno, deben concurrir dos elementos principales,

(26) SACCHI-ANNABEL GARAT, CARLOS. Manual de Responsabilidad Extracontractual, 3ª edición, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, Montevideo, pág. 135.

a saber:

- a. La existencia de un hecho ilícito cul
poso de la persona por la cual se de
be responder.
- b. Una relación de dependencia entre las
personas y el presunto responsable.

La responsabilidad contractual nace al de
jarse de cumplir una obligación derivada de un contrato,
por el cual se debe pagar daños y perjuicios, y la res
ponsabilidad extracontractual nace al realizar un hecho
que cause un daño, siendo esta responsabilidad una fuen
te de obligaciones, pues nace la obligación a cargo del
autor del daño. En ambas responsabilidades deben reunirse
tres requisitos que son: un daño, una culpa y un vín
culo de causa a efecto la culpa y el daño.

Tratándose de responsabilidad contractual
esos tres elementos se dan, cuando una persona que está
unida a otra en virtud de un contrato, deja de cumplir
con las obligaciones señaladas en el mismo, ocasionándo
le a su contraparte un daño, teniendo ésta la facultad
para exigir la indemnización por daños y perjuicios cau
sados; no es así, cuando existe responsabilidad extracon

tractual pues dichos elementos se dan cuando una persona realiza un hecho que es contrario a una ley, causando un daño a otro sin que entre el agente del daño y la víctima existiera un acuerdo de voluntades anteriores, teniendo obligación el agente del daño de reparar el perjuicio causado.

" En el Derecho Mexicano, son elementos de la responsabilidad civil los siguientes:

- a. La comisión de un daño;
- b. La culpa;
- c. La relación de causa y efecto entre el hecho y el daño. "(27)

En el artículo 1919 del Código Civil vigente se establece que:

" Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios

(27) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, t. V, vol. II, 5ª ed., Porrúa, S.A., México, 1985, pág. 119.

causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos. "

Del artículo transcrito se desprende que para que se configure la responsabilidad, son necesarios tres requisitos:

- a. Que el hijo debe ser menor de edad.
- b. Debe vivir con los que ejerzan la patria potestad.
- c. Deben haber incurrido en culpa.

Es necesario precisar que la minoría de edad es un requisito que debe darse al tiempo de cometerse el hecho ilícito, no teniendo trascendencia, a los efectos de la acción de responsabilidad, que son posteriores a aquel y antes de iniciarse la acción civil el menor haya alcanzado la mayoría de edad.

En nuestro Código Civil la obligación de reparar el daño causado por los menores se mantiene mientras dure el ejercicio de la patria potestad y cesa con ella. Este cese tiene lugar, en situaciones normales, cuando el menor, llega a la mayoría de edad, pero también

puede ocurrir antes, como sucede con la emancipación, o cuando el menor en algún aspecto debe considerarse como sometido a la patria potestad.

Así mismo, exige para que se configure la responsabilidad de los que ejercen la patria potestad, que el menor habite en su compañía, a este respecto en los casos en que el menor, aunque sujeto a la patria potestad no vive con los padres, es preciso distinguir acerca de la causa de esa no conveniencia, sosteniéndose que si la causa es legítima, corresponde exonerar a los que la ejercen y no procedería si la causa fuere ilegítima.

Para que la no convivencia pudiera ser invocada como excusa, es menester que haya un motivo que la justifique plenamente, habiéndose entendido que éste exista cuando el que ejerce la patria potestad, coloca al menor en una institución de enseñanza, o cuando se le interna en un establecimiento de salud, etc., pues en tales casos los directores de colegios y establecimientos de salud asumirán la responsabilidad de que se trate.

La ratio legis de las anteriores disposiciones radica, en que presumiendo el legislador la falta de vigilancia, por parte de los que ejerzan la patria potestad sobre los menores de edad no emancipados que ten

gan a su cuidado, lógicamente deben responder por esa falta suya, así mismo se admite prueba en contrario, dado que el artículo 1922 del Código Civil vigente, dispone - que ni los padres, ni los tutores, tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia si probaren que les ha sido imposible evitarlos.

Tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de la presencia de aquéllos, si aparece que no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados. Pero indudablemente que solo mediante, la prueba que destruya tal presunción, quedan eximidos quienes ejercen la patria potestad del deber de responder civilmente de los daños y perjuicios por los actos de los menores que estén bajo su poder y habiten con ellos, sino también cuando se demuestre que el daño causado se produjo por culpa inexcusable de la víctima, pues entonces resulta indiscutible que tampoco puede exigirse válidamente por ésta responsabilidad.

7. DE LOS ALIMENTOS.

En el lenguaje común, por alimentos se en

tiende cualquier substancia que sirve para nutrir al hombre.

" En Derecho, el concepto " alimentos " implica en su origen semántico, aquello que una persona requiere para vivir como tal persona. " (28)

Ahora bien, el ser humano, la persona en Derecho, necesita un elemento económico que le sirva de sustento en su aspecto no solo biológico, sino social, - moral y jurídico. Normalmente, el hombre se procura por sí mismo lo que necesita para vivir y el grupo social, por razones de solidaridad humana, acude solo en ayuda de aquéllos miembros del grupo que por alguna razón necesitan que se les asista. Al respecto el derecho ha reforzado, la obligación de mutua ayuda entre los miembros del grupo familiar, imponiendo una sanción jurídica a la falta de cumplimiento de éste. Así, la regla moral es transformada en precepto jurídico.

Entonces, " La obligación alimentaria reposa sobre la idea de solidaridad familiar. Los parien

(28) GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho - Civil, Ob. Cit. pág. 458.

tes entre los que existe, están estrechamente unidos por lazos de sangre y sería contrario a la moral que algunos permanecieran en la indigencia mientras otros viviesen en la abundancia. En cuanto a la afinidad, se asemeja al parentesco para producir a este respecto los mismos efectos jurídicos. El Código Civil, no admite la obligación alimentaria más que en casos muy limitados; aún así actualmente ha perdido su importancia, a causa de que el Estado, sustituye a la familia para asegurar el socorro a las personas ancianas o enfermas. El sistema de seguridad social y la generalización del régimen de los retiros hacen menos útil el deber familiar. ""(29)

Podemos decir que la obligación alimenticia que deben cumplir los que ejercen la patria potestad, no es específica de dicha función, pues constituye una de las consecuencias del parentesco. Sin embargo, esta obligación de proporcionar alimentos tiene caracteres más apremiantes y ostensibles respecto de los ascendientes que ejercen la patria potestad, por la naturaleza misma de la función.

Por último, " podemos definir el Derecho

(29) Ibidem, pág. 459.

de alimentos diciendo que es la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco con sanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos. "(30)

CARACTERES DE LA OBLIGACION ALIMENTICIA.

Para conocer la relación jurídica alimenticia conviene determinar sus características, que son las siguientes:

a. Personalísima.

" La obligación alimentaria es personalísima por cuanto depende exclusivamente de las circunstancias individuales del acreedor y del deudor. Los alimentos se confieren exclusivamente a una persona determinada en razón a sus necesidades y se impone también a otra persona determinada, tomando en cuenta su carácter de pariente, o de cónyuge y sus posibilidades económicas. "(31)

(30) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, T. II, Derecho de Familia, 6ª ed., Porrúa, S.A., México, 1983, pág. 163.

(31) Ibidem, pág. 166.

En nuestro derecho el carácter personalísimo de la obligación alimentaria está debidamente regulado en el Código Civil vigente, en el que se señala el orden que deberá observarse para definir dentro de varios parientes que se encuentren en posibilidades económicas de dar alimentos, quiénes son los que deberán soportar la carga correspondiente. Se dice, que los cónyuges, los concubinos deben darse alimentos, también se señala que los padres tienen obligación de alimentar a sus hijos, y éstos de alimentar a sus padres, y en ausencia o imposibilidad de alguno de los anteriores, los colaterales dentro del cuarto grado.

b. Intransferible.

" La obligación alimentaria es intransferible tanto por herencia como durante la vida del acreedor o del deudor alimentario. Se trata de una consecuencia relacionada con la característica anterior. Siendo la obligación de dar alimentos personalísima, evidentemente que se extingue con la muerte del deudor alimentario o con el fallecimiento del acreedor. No hay razón para extender esta obligación a los herederos del deudor o para conceder el derecho correlativo a los herederos del acreedor, pues los alimentos se refieren a necesidades propias e individuales del alimentista, y en el caso de

muerte del deudor se necesita causa legal para que aquél exija alimentos a otros parientes que serán llamados por la ley para cumplir con ese deber jurídico. "(32)

Por lo que el deudor no tiene que responder de pensión alimenticia, excepto cuando se trata de sucesión testamentaria, para lo cual se estará a lo dispuesto por los artículos 1368 al 1377, del Código Civil vigente.

c. Imprescriptible.

Aunque la ley no señala el carácter prescriptible del derecho, el artículo 1160 del Código Civil, previene que " la obligación de dar alimentos es imprescriptible, el derecho del acreedor de obtenerlos también lo será. "

Por lo tanto se debe entender entonces, que el derecho que se tiene para exigir alimentos no puede extinguirse por el transcurso del tiempo, mientras subsistan las causas que motivan tal prestación.

(32) Ob. Cit. pág. 168.

d. Intransigible.

Los artículos 321, 2950 fracc. V y 2951, del Código Civil, regulan el carácter intransigible de los alimentos.

El primero de los artículos señalados, establece que el derecho de recibir alimentos no puede ser objeto de transacción. Esto lo confirma el artículo 2950 en su fracción V, que señala que serán nulas las transacciones que versen sobre el derecho de recibir alimentos, así también, el artículo 2951 establece que podrá haber transacción sobre cantidades ya vencidas. Cabe señalarse que en relación a las prestaciones vencidas, operará el término de preescripción señalado por el artículo 1162 del Código Civil que se refiere a las prestaciones periódicas, las que prescriben en cinco años.

En materia de alimentos no puede existir duda en cuanto al alcance y exigibilidad del derecho y la obligación correlativa, si el acreedor alimentista hiciera concesiones en cuanto al monto mismo de la deuda y en cuanto a su exigibilidad, sujetándolo a términos y condiciones, haría una renuncia parcial de su derecho y esta renuncia está prohibida por el artículo 321 del Código Civil.

e. Inembargable

Considerando que los alimentos tienen una función social y que su objeto es permitir que el alimentista pueda subsistir y satisfacer sus necesidades la ley ha considerado que el derecho a los alimentos es inembargable.

Basándose en lo anterior, en el Código de Procedimientos Civiles, se excluye de embargo ciertos bienes que son necesarios al deudor para la subsistencia o su trabajo. Y aún cuando en el artículo 544, no se desprende que los alimentos quedan exceptuados de embargo, " la doctrina y el Código Civil nos dan los elementos para llegar a esa conclusión tomando en cuenta que conforme al artículo 321 el derecho de recibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción. "(33)

f. Irrenunciable.

En cuanto a éste carácter del derecho de alimentos, el artículo 32 expresamente estatuye:

(33) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. La Familia en el Derecho, Porrúa, S.A., México, 1984, pág. 450.

" El derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción. "

Y al respecto, podemos decir, que atendiendo a las características que se han señalado con anterioridad, y a la naturaleza predominantemente de interés público que tiene el crédito que nos ocupa, se justifica su carácter de irrenunciable.

g. Incompensable.

No puede haber compensación en materia de alimentos. El artículo 2192 del Código Civil expresamente previene: " La compensación no tendrá lugar; ... III. Si una de las deudas fuere por alimentos... "

Es obvio que en la compensación no puede tener lugar en los alimentos, no es posible dejar a alguna de las partes en una situación de carecer de lo necesario para subsistir. En caso de que fueren compensables, de todas maneras seguiría viva la obligación del deudor de dar la pensión correspondiente a su acreedor alimentario.

h. Variable.

La sentencia que se dicte en materia de

alimentos nunca será firme. El artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles previene que " las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan al ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente. "

Tomando en consideración lo anteriormente dicho, es obvio que la obligación y el derecho correlativo son susceptibles de cambio, por esta razón, para que proceda la acción de reducción alimenticia, el actor debe acreditar la existencia de las causas posteriores a la fecha en que se fijó la pensión, que haya determinado un cambio en sus posibilidades económicas o en las necesidades de las personas a quien debe dar alimentos, y que por ende, haga necesario una nueva fijación de monto.

i. Divisible.

El artículo 2003 del Código Civil previene que " las obligaciones son divisibles cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente. Son indivisibles si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino por entero. " De lo que se desprende

que, la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones no depende del número de sujetos obligados sino de la naturaleza del objeto que debe satisfacerse.

La obligación de dar alimentos es divisible dado que pueden satisfacerse en forma divisible, es decir, mediante pagos periódicos (semanales, quincenales, mensuales), y también puede haber divisibilidad en relación a los sujetos obligados, toda vez que el artículo 312 del Código Civil, nos da la posibilidad que varios fueren los que den los alimentos, y si todos tuvieran posibilidad de darlos el Juez repartirá el importe entre ellos, en proporción a sus haberes.

j. Preferente.

El artículo 165 del Código Civil, estatuye: " los cónyuges y los hijos en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento de los económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos. "

El problema de la preferencia en esta materia se origina en el caso de concurso, que existen a acreedores privilegiados dentro de los cuales no se encuen

tran los acreedores alimenticios. (arts. 2980 a 2992 del C.C.).

Los acreedores preferentes pueden cobrarse con bienes determinados, el fisco con los bienes que hubieren causado los impuestos adeudados, los acreedores hipotecarios con el bien inmueble, y los prendarios con los muebles dados en garantía, los acreedores alimentarios tienen preferencia solo sobre los demás bienes que resten.

K. Proporcional.

La proporcionalidad de los alimentos es tá determinada de manera general en la ley de acuerdo con el principio reconocido por el artículo 311: " Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe recibirlos. "

" Desgraciadamente en México los tribunales han procedido con entera ligereza y violado los principios elementales de humanidad al restringir de manera indebida las pensiones generales de menores y de la esposa inocente en los casos de divorcio. La regla contenida en el artículo 311 del Código Civil, se ha interpretado con un franco criterio de protección para el deudor a

limentario, traicionando el fin noble que se propone la ley en esta institución. Es evidente que no puede exigirse al Juez que proceda con un criterio matemático infalible al fijar la pensión alimenticia, pero en la mayoría de los casos se advierte que teniendo elementos para estimar los recursos del deudor, se calculan los alimentos de sus hijos y de su esposa, en los casos de divorcio, en una proporción muy inferior a la mitad de los ingresos del padre. "(34)

1. Asegurable.

Es una obligación cuyo cumplimiento es asegurable mediante hipoteca, prenda, fianza, o depósito en cantidad bastante a cubrir los alimentos (art.317 del C.C.). Es pues una deuda que por su naturaleza debe ser asegurada por el deudor.

" El salario que perciba el deudor alimentista, garantiza el pago de la deuda por alimentos a su cargo y a favor de la esposa, ascendiente, hijos y nietos, por medio de los descuentos que por orden de autori

dad competente y a solicitud del acreedor, debe hacer el patrón, por entregar su importe a este último, de acuerdo con la disposición del artículo 110 fracción V de la Ley Federal del Trabajo, que autoriza esta excepción a la regla que prohíbe los descuentos en los salarios de los trabajadores. "(35)

m. Recíproca.

El artículo 301 del Código Civil establece que " el que los da tiene a su vez el derecho de pedirlo ". En las demás obligaciones no existe esa reciprocidad, pues un sujeto se caracteriza como pretensor y otro como obligado. Puede haber reciprocidad en el sentido de que la relación jurídica establezca derechos y obligaciones para cada una de las partes, como sucede con los contratos bilaterales, es decir, en ellos cada contratante no sólo reporta obligaciones, sino que también derechos. Tratándose de los alimentos, la reciprocidad consiste en que el mismo sujeto pasivo puede convertirse en activo, pues las prestaciones correspondientes dependen de la necesidad del que deba recibir las y de la posibilidad económica del que deba darlas.

(35) GALINDO GARFIAS, I. Ob.Cit. pág.466.

ACREEDORES Y DEUDORES ALIMENTICIOS.

Recordemos que la obligación de dar alimentos es recíproca, y el que los da tiene derecho a pedirlos. Podemos mencionar que hay que tener presente que existe un orden en relación a los obligados. Hay obligados principales que son, los cónyuges y concubinos entre sí, los padres en relación a los hijos y los hijos en relación a los padres; pero si alguno de ellos está imposibilitado, la obligación recae sobre los demás ascendientes o descendientes en línea recta, y en los colaterales hasta el cuarto grado, es decir, son los primeros obligados los parientes más próximos, y sólo que no pudiesen estos satisfacer las necesidades del acreedor alimentario, deberán participar los otros parientes, pudiéndose llegar a la situación que se reparta el importe en la proporción de sus haberes (art. 312 del C.C.). Pero desde luego, si uno solo tuviere la posibilidad de cumplir la obligación, excluye a los demás (art. 313 del C.C.).

FORMAS DE PROPORCIONARLOS.

Existen dos formas de proporcionarlos; mediante pensión asegurada o incorporando al acreedor alimenticio al hogar del deudor.

a. Pensión asegurada; según el art. 317

del Código Civil, con hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad bastante a cubrirlos, o cualesquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del Juez.

El artículo 315 establece: " Tiene acción para pedir el aseguramiento de los alimentos:

I. El acreedor alimenticio;

II. El ascendiente que le tenga bajo su patria potestad;

III. El tutor;

IV. Los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado;

V. El Ministerio Público. "

Siendo los alimentos de interés público, la ley concede acción para pedir el aseguramiento de los mismos al acreedor alimentario. Por lo cual se da acción a los ascendientes que tengan al menor bajo su patria potestad; al tutor en relación con los incapacitados; a los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado y al Ministerio Público. Respecto a los ascendien

tes que ejercen la patria potestad o al tutor, debemos decir que como los representantes legales de los menores o incapacitados, les corresponderá el ejercicio de la acción para exigir alimentos.

En caso de que las personas nombradas en las fracciones II, III, y IV del artículo transcrito, no puedan representar al acreedor alimentario en el juicio en que se pida el aseguramiento de los alimentos se nombrará por el Juez un tutor interino, que será quién inente la acción correspondiente.

b. Incorporando al acreedor alimenticio al hogar, siempre y cuando sea apropiado a juicio de la autoridad.

Habrá que tomar en cuenta que el deudor alimentista no podrá pedir que se incorpore a su familia el que deba recibir alimentos, cuando se trate de un cónyuge divorciado que reciba alimentos del otro, y cuando haya inconveniente legal para hacer esa incorporación.

CONTENIDO.

Según nuestra legislación, los alimentos comprenden: la comida, vestido, habitación, asistencia

médica y para los menores todos los gastos necesarios para la educación primaria y para proporcionarles algún oficio, arte o profesión, todo ello de acuerdo con las circunstancias y necesidades personales del acreedor alimentista, las que varían según su situación o posición económica y social, sin llegar al lujo, pero teniendo en cuenta las posibilidades del que debe darlos.

Este es el concepto general de alimentos aplicable a todos aquellos que tengan derecho a exigirlos. Pero hay que relacionarlo con el artículo 164 del Código Civil que nos habla de necesidades familiares; en este artículo se señala que los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y la de sus hijos, y en relación a éstos también la educación en los términos que la ley establece.

Ahora bien, a continuación abundaremos respecto de la educación a que tienen derecho los menores de edad, misma que forma parte del contenido de los alimentos. Además, se señala específicamente, dada su importancia, como una obligación de los que ejercen la patria potestad sobre los menores de edad no emancipados.

OBLIGACION DE EDUCAR A LOS MENORES DE EDAD.

Los que ejercen la patria potestad, son

responsables de la obligación de educar a sujetos a ésta, y ponerlos en condiciones de, afrontar la vida a su debido tiempo, esta potestad, no es una potestad arbitraria, no pueden hacer lo que quieren de los menores. Es un poder de educación limitado por las exigencias de ésta.

Los que ejercen la patria potestad tienen derecho de exigir de los menores todo lo que sea necesario para su educación; pueden mandarles en la medida en que su educación lo exija. A medida que el menor crece, que su personalidad se desarrolla y se hace capaz de dirigirse por sí mismo, la potestad de los que la ejercen disminuye.

Según Kipp y Wolf, " educación es la influencia psíquica (aunque se ejercite con ayuda de medios físicos) con el fin de formar su carácter y espíritu. "(36)

Por lo que se debe educar al menor, de tal forma que contribuya a la mejor convivencia humana,

(36) CASTAN VAZQUEZ, JOSE MA. La Patria Potestad, Ob. Cit. pág. 200.

despertando en él, el aprecio a la dignidad de la persona, a la integridad de la familia, y fomentarle los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres.

De dos maneras se puede actuar y de hecho actúan los que ejercen la patria potestad, en el aspecto educativo; de una manera espontánea y de una manera intencional reflexionada.

En relación a la primera, la acción educativa espontánea se realiza tanto a través del contacto físico con el menor, (cuando lo duermen, lo visten, lo bañan, lo alimentan, etc.), como de la conducta afectiva de padres, hermanos, tíos, abuelos. Por ello, la educación de los menores encierra tantas y tan graves responsabilidades para los que ejercen la patria potestad, porque no es posible medir las huellas que la conducta, la violencia, la inmoralidad o procacidad en el lenguaje de éstos, pueden producir en los menores.

La familia es la institución más adecuada para educar, pero es por lo mismo la menos propia para instruir, ya que la instrucción es una tarea cada vez más compleja y difícil para la cual se necesitan profesionales especializados.

En nuestro país se les niega a los que ejercen la patria potestad el derecho de educar a los menores de edad, y solo se les deja la posibilidad, de hecho y de derecho de elegir los maestros a los cuales ha de confiarse la instrucción y la educación de los menores.

En el artículo 169 del Código Civil previene que marido y mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales y resolverán en común acuerdo todo lo relativo " a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. " Los padres tienen la facultad de corregir a los hijos pero correlativamente tienen la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

Una parte de la cultura se recibe a través de la educación formal o escolar, a la que nos referiremos 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.

Así, dentro del capítulo de las garantías individuales, el artículo 3º Constitucional señala el contenido de la educación, que tenderá " a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomen

tará en él a la vez el amor a la patria y a la conciencia de solidaridad internacional, en la independencia y justicia "; después agrega que, habiéndose garantizado en el artículo 24 la libertad de creencias, el criterio, " que orientará a dicha educación se mantendrá por completo ajeno a cualquier doctrina religiosa y basado en los resultados del proceso científico luchará contra la ignorancia y sus efectos, la servidumbre, los fanatismos y los prejuicios. " Entonces nos surge la siguiente pregunta ¿ cómo pueden los padres escoger el tipo de educación si se impone uno solo ?

Se previene, por cuanto a los particulares, que éstos podrán impartir educación de cualquier tipo y modalidad; pero que los estudios que se realicen en sus establecimientos sólo tendrán validez oficial cuando hayan obtenido el reconocimiento del Estado y si es sujetan a las disposiciones de la ley. En todo caso, la autorización deberá ser expresa y previa, tratándose de la impartición de educación primaria, secundaria, normal y la de cualquier tipo o grado destinada a obreros o a campesinos. Corresponde a los gobiernos de los estados, dentro de sus respectivas jurisdicciones, otorgar, negar o reconocer esas autorizaciones.

Nuestra Ley Federal de Educación, de a

cuerto con los principios establecidos por el artículo 3º de la Constitución, fija la finalidad de la educación que impartirá el Estado, sus órganos descentralizados y los particulares con autorización, y entre otras comprende, el favorecer el desarrollo integral del individuo, así como su integración y adaptación al medio social en el que vive.

En el capítulo de derechos y obligaciones en materia educativa, se comprenden a quienes ejercen la patria potestad, mismos que tienen derecho a recibir ing ripción escolar para los menores, participar a las auto ridades escolares cualquier problema relacionado con el educando, formar parte de la sociedad de padres de fami lia, así como ayudar en el mejoramiento de los educandos y establecimientos, así mismo, están obligados a hacer que los menores de quince años reciban educación primaria colaborar con la institución educativa y participar con los educadores en la solución de problemas de conducta y aprendizaje.

La complejidad de la sociedad moderna, y la gravedad de los problemas que se plantean a la juven tud, nos hace pensar que en el Código Civil debe señalar se en su articulado, los principios básicos en que ha de fundarse la educación adecuada para los menores.

La familia, la escuela y las autoridades deben concurrir en la atención a los menores a fin de lograr su superación con base en una educación integral, para lo que el sistema educativo debe comprender los diversos tipos de enseñanza y promover el desenvolvimiento armónico de la personalidad de los educandos.

Es importante señalar, que los que ejercen la patria potestad tienen sobre los menores sujetos a ésta, la autoridad educadora, y para el logro de ésta, tiene un derecho de castigo. Podemos decir entonces que entre las facultades surgidas de la patria potestad están, las de corregir y castigar a los menores sujetos a ésta, estas facultades son excepcionales, pues no se ejercitan normal y permanentemente durante la menor edad, sino tan solo en los casos en que la conducta de éste lo exige. Es necesario para el cumplimiento de la misión educadora de los que ejercen la patria potestad y aún para el mantenimiento de la autoridad de éstos, por lo que fué ya proclamado en los ordenamientos antiguos, como en el Derecho Hebreo, en el Derecho Romano y en el Derecho Germánico.

Las facultades de los que ejercen la patria potestad en la antigüedad, en general fueron muy amplias, pues, era un derecho ilimitado, más en los tiempos

pos actuales, dichas facultades están considerablemente reducidas, de acuerdo con las orientaciones actuales sobre la patria potestad y las tendencias pedagógicas modernas.

Las tendencias pedagógicas modernas, estiman que un trato adecuado del menor basado en el amor, es en general, más eficaz que el castigo para la corrección y sana formación de éstos.

La corrección y el castigo de los menores pueden ser llevados a cabo por los que ejercen la patria potestad o por los órganos del Estado. Hay pues dos causas para que esta función se cumpla, mismos que estudiaremos seguidamente:

a. Corrección directa por los que ejercen la patria potestad.

El artículo 423 del Código Civil señala, " ... los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos ... "

Ya se mencionó con antelación que las costumbres han evolucionado considerablemente, por lo que hoy en día, no se tolerarían castigos que antaño se daban a

los hijos. De acuerdo con las costumbres y tendencias pedagógicas modernas, creemos que habría que estimarse como castigos lícitos, los azotes leves, y encierros que no pongan en peligro la salud del menor, la privación de éste de cosas no necesarias, entre otras.

Considerando lo dicho, generalmente se admite que el derecho de corrección ha de ejercitarse dentro de ciertos límites, fuera de los cuales la conducta del que la ejerce se convierte en antijurídica. Cualquiera abuso a este respecto había de ser sancionado por la ley penal o con la pérdida de la patria potestad.

b. Corrección por el Estado.

Los que ejercen la patria potestad tienen derecho de solicitar auxilio de la autoridad. La intervención del Estado puede, a veces, ser conveniente o necesaria para la corrección del menor y las legislaciones suelen atribuir a los que ejercen la patria potestad el derecho de instalarla.

CAUSAS QUE EXTINGUEN LA OBLIGACION ALI- MENTARIA.

Conforme al artículo 320 del Código Civil

" cesa la obligación de dar alimentos:

- I. Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla;
- II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;
- III. En caso de injuria, falta o daños graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos;
- IV. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas;
- V. Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables. "

En relación a la primera fracción, cabe mencionarse que debe tomarse en cuenta que el deudor no se libera de la obligación por la simple carencia de tra

bajo, sino que debe estar imposibilitado para trabajar. En cuanto a la segunda, resulta evidente que cuando desaparezca la necesidad del acreedor alimentista, tendrá que extinguirse la acción correspondiente para exigir alimentos.

Al señalar las causas que regula la fracción III, consistentes en injurias, falta o daños graves inferidos por el alimentista contra el que debe dar los alimentos, se toma en cuenta el deber de gratitud que debe el acreedor hacia su deudor, pues el tener actitudes como las que se señalan, revelan un sentimiento de ingratitude por parte del acreedor, que no corresponde a la solidaridad y principios de efecto y de asistencia recíproca en que se funda la obligación alimenticia.

De la misma manera, cesa la obligación del deudor, cuando carezca de medios para subsistir por su falta de aplicación al trabajo o por su conducta viciosa.

Por último, la fracción V se considera que el alimentista pierde todo derecho cuando sin consentimiento del deudor abandona la casa de éste por causas injustificables. Al respecto Rojina Villegas menciona, que nuestro sistema es encomiable ya que por una parte,

no fomenta en los acreedores alimentistas la esperanza i
lícita de recibir pensiones al abandonar la casa del deu
dor sin causa justificada, y por otro lado, para no hacer
gravosa la situación del deudor al duplicarle de manera
innecesaria los gastos que pueden evitarse si el alimen
tista permanece en casa.

B. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES.

Nuestro Código civil consagra a los efec
tos de la patria potestad respecto de los bienes del su
jeto a ésta, todo el Capítulo II del Título VIII, del li
bro primero, y hace ante todo una clara clasificación:

" Art. 428.- Los bienes del hijo, mien-
tras éste en la patria potestad, se dividen en dos clases

I. Bienes que adquiera por su trabajo;

II. Bienes que adquiera por cualquier o-
tro título. "

Al respecto el artículo 429 del Código
Civil vigente, establece, que dichos " bienes pertenecen

en propiedad, administración y usufructo al hijo. "

2. Bienes que adquiriera por cualquier otro título.

El artículo 430 del Código Civil establece " ...la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra, mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto. " Por lo que, el que ejerce la patria potestad no solo es el administrador, sino que también es el usufructuario en relación con los bienes del menor.

El artículo 435 del Código Civil establece: " Cuando por la ley o por la voluntad del padre el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con las restricciones que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces. "

Al respecto podemos pensar que, este artículo establece un tipo especial de emancipación por lo

que respecta a los bienes del menor, puesto que él mismo es quien administra sus bienes.

La administración de los bienes del menor no otorga a quienes la ejercen, la facultad de disponer libremente de los bienes del menor, sin embargo, dentro de la administración de los negocios del menor es necesario disponer de ciertos bienes. Por ello, se tratará a continuación los actos de disposición y los actos de administración que realizan los que tienen derecho a ello.

a. Actos de disposición.

Son " aquellos que tienen como finalidad la sustitución de un bien por otro de distinta naturaleza y los que producen la disminución del patrimonio, como ocurre en los casos de la donación. Quedan comprendidos dentro del concepto de actos de disposición, los que tienen por efecto comprometer el crédito del menor o constituir un gravamen real, sobre algún bien que pertenezca a éste (hipoteca, prenda, fianza, constitución de servidumbre, etc.). "(36)

(36) GALINDO GARFIAS, I. Derecho Civil, Ob. Cit. pág. 684.

Es decir, mediante los actos de disposi
ción se transfiere, se grava, se extingue un bien o dere
cho, o de modo general, comprende todos los actos que pro
ducen respecto de un bien o derecho, una modificación ju
rídica.

La idea fundamental que preside las facul
tades de administración en materia de patria potestad es
la de conservación de los bienes y los actos de disposi
ción, son contrarios a ese principio, por ello las perso
nas que ejercen la patria potestad, no pueden enajenar,
ni gravar de manera alguna los bienes inmuebles y los mug
bles preciosos, ni vender valores, acciones, frutos y ga
nado, que correspondan al menor, sin absoluta necesidad
o evidente beneficio para éste, así mismo no puede hacer
donaciones, ni dar fianza en su representación, esto es
porque podría excederse en sus facultades los que ejer
cen la patria potestad, al disponer libremente de los bie
nes sujetos a ella, e incumplirían así con su obligación
de cuidar y proteger la persona y bienes del menor.

Ahora bien, otorgada esa autorización ju
dicial, el Juez de lo Familiar que conceda la licencia,
deberá cuidar que el producto de la venta se dedique al
objeto para el que se destinó y que el saldo se invierta
en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura

hipoteca en favor del menor. Por lo que el precio de la venta, se depositará en una institución de crédito y quién ejerza la patria potestad, no podrá disponer de él, sin una orden judicial.

b. 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 : este produzca " según la natural destinación " de la cosa que forman parte. "(37)

En cuanto a los bienes obtenidos por cualquier otro título, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al menor la administración y la otra mitad del usufructo, corresponden al que ejerce la patria potestad. Estos últimos pueden renunciar a su parte del usufructo, pero deberán hacer su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda, considerándose una donación en caso de que ésta se haga en favor del menor.

Cabe mencionarse que el usufructo consiste en el derecho de percibir las rentas derivadas del nor

(37) Ob. Cit. pág. 684.

mal aprovechamiento de la cosa; y ha sido frecuente considerar al usufructo legal como una ayuda para el titular del ejercicio de la patria potestad, es justa compensación a sus cuidados sobre el menor y a la carga de los gastos que la manutención y educación de éste le producen.

El Derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue: por la emancipación o la mayor edad; por la pérdida de la patria potestad; y por renuncia.

Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo, pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para todo aquello que signifique importancia en la administración.

Todos aquellos créditos y rentas que se hayan vencido antes de que las personas que ejercen la patria potestad, entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponden al menor, pertenecen a éste, y en ningún caso serán fruto que deba gozar quien ejerza la patria potestad. Evidentemente que si alguno de los que ejercen la patria potestad llega a perder tal potestad,

cesará automáticamente el usufructo establecido en su favor.

Los que ejercen la patria potestad no podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por dos años, así lo establece el artículo 436 del Código Civil.

El que ésta sujeto a la patria potestad no podrán comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso resolverá el Juez.

La persona que ejerza la patria potestad representará a los sujetos a ésta en juicio, más no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente. Además, en todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad, tienen un interés opuesto al de los menores, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el Juez para cada caso.

Los jueces tiene facultad para tomar las

las medidas necesarias para impedir que por mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del menor se derrochen o disminuyan. Estas medidas se tomarán a petición de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público.

Para la seguridad de los bienes del menor quienes ejercen la patria potestad tienen la obligación de rendir cuentas de la administración de los bienes de dicho menor, así mismo, tienen que entregar todos los bienes y frutos que le pertenecen al menor, cuando llegue a la mayor edad o se emancipe.

C A P I T U L O

IV

LA REPRESENTACION EN LA PATRIA POTESTAD.

A. LA REPRESENTACION LEGAL DE INCAPACES.

Comenzaremos por señalar, antes de entrar al estudio del primero de los elementos, que la capacidad es tanto " la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo. "(37)

(37) Ibidem. pág. 387.

De la definición transcrita podemos deducir que hay dos especies de capacidad; la de goce que es la aptitud que toda persona tiene para ser titular de derechos y obligaciones; y la de ejercicio que es la aptitud que tienen determinadas personas para ejercer los derechos y cumplir obligaciones, ya sea por sí mismos o a través de otras personas plenamente capaces.

Mediante la capacidad de goce, todas las personas se encuentran en la posibilidad de participar en la vida jurídica, pues son tenidas en cuenta por el Derecho, en cuanto son sujetos de derechos y obligaciones. Nuestro Código Civil vigente, se refiere a dicha capacidad de goce, como capacidad jurídica al señalar en su artículo 22: " la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código. "

La capacidad de goce, corresponde a toda persona y es parte integrante de la personalidad, y puede existir sin que quien la tiene, posea la capacidad de ejercicio, y cuando se dice que una persona es incapaz o está incapacitada se refiere generalmente a la ausencia

de la capacidad de ejercicio, por lo que debemos entender por incapacidad a la carencia de aptitud para que la persona que tiene capacidad de goce, pueda hacer valer sus derechos por sí misma.

La incapacidad de ejercicio depende de la edad de la persona, no como la de goce que inicia con el nacimiento, pues dicha capacidad no la tienen todas las personas, ésta se adquiere con el comienzo de la mayoría de edad, de conformidad con lo que establecen los artículos siguientes del Código Civil.

" Art. 646.- La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos. "

" Art. 647.- El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. "

Resulta entonces que la capacidad de ejerccio depende de la edad de la persona, teniendo entonces capacidad total de ejercicio los mayores de edad en pleno uso de sus facultades mentales, ya que los mayores de dieciocho años que padezcan de locura, idiotismo, imbecili--dad, los sordomudos que no sepan leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los que hacen habitualmente uso

inmoderado de drogas enervantes, carecen de la capacidad de ejercicio. Sin embargo, pueden hacer valer sus derechos y cumplir con sus obligaciones por medio de un representante.

Por lo anteriormente dicho, resulta que, para tener capacidad de ejercicio se requiere:

1. Que la persona tenga el discernimiento necesario, para comprender los efectos que causen sus actos.
2. Que no haya sido declarada en estado de interdicción.

La ley a veces niega a ciertas personas en su integridad la facultad de obrar o bien sólo en parte. Por ello cuando existe una causa que restrinja la capacidad, generalmente el Derecho suple con un medio jurídico adecuado en cada caso a la naturaleza de la incapacidad, para hacer que de una u otra manera participen los incapaces dentro de la sociedad.

Rojina Villegas, señala que, la incapacidad de ejercicio origina la necesidad de una representación legal, porque si se admite la capacidad de goce, pe

ro se niega la de ejercicio y no se busca un medio legal para que se ejerciten tales derechos, se negaría prácticamente la capacidad de goce y ¿ De qué serviría al menor o al enajenado ser titular de derechos si no puede ejercitarlos o hacerlos valer por medio de otra persona ?, traería un desconocimiento de sus derechos.

Así, Bonnecase estima " que las dos directrices fundamentales en las que se basa la organización de las incapacidades, son respectivamente la representación y la asistencia, es decir, en algunos casos el incapaz tiene que actuar necesariamente por conducto de su representante. En otros, se permite que el incapaz manifieste su voluntad en el acto jurídico, pero debe concurrir también su representante legal dando su conformidad por la validez del mismo. "(38)

Sin embargo, " Cicu niega que pueda existir representación en el ejercicio de los actos que implican un poder familiar. La razón radica en que se trata de funciones conferidas a una persona por virtud de su status en la familia, o bien, por su aptitud o confianza

(38) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, Porrúa, S.A., México, 1981, pág. 129.

de tal suerte que no puede admitirse la sustitución por un tercero. En la patria potestad y en la tutela, la o p i n i o n e n l e s e n t i d o d e q u e t a l e s o s c a r g o s n o p u

eduen conferirse a un representante en el sentido de que éste se considere investido de esas funciones. "(39)

Consideramos que la institución de la r e p r e s e n t a t i o n e n d e l a r e p r e s e n t a t i o n e n d e l a p e r s o n a n u n i n c a p a z q u e e st á a f e c t a d o e n s u i n t e l i g e n c i a o c u a n d o p o r s e r m u y j o v e n, n o t i e n e d i s c e r n i m i e n t i e n t e n t e n d e r e p r e s e n t a t i o n e n d e l o s o t r o s c a s o s d e i n c a p a c i d a d e r e c r r e r e a l a a s i s t e n c i a n c i a. R e s u l t a n a s i, d o s t i p o s d e i n s t i t u c i o n e s e b a s a n e n l a i d e r e p r e s e n t a t i o n e n d e l a i d e a s i s t e n c i a n c i a. L a s p r i m e r a s s o n l a s q u e a c o n t i n u a c i o n e n t r a t a r e m o s.

Las instituciones que se basan en la idea de representación son: la patria potestad y la tutela.

I. LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad lleva implícita la i n

(39) ROJINA VILLEGAS, R. Ob. Cit. pág. 111.

capacidad de ejercicio y su correspondiente figura, la representación, esta lleva un sentido ético de protección social a los que no pueden manejar por sí mismos su vida jurídica y personal.

En los capítulos anteriores se ha tratado ampliamente la patria potestad, por lo que en este punto sólo haremos mención respecto de la representación.

Al tener el menor de edad capacidad jurídica pero estar limitado por la naturaleza en cuanto a su capacidad de obrar, se hace preciso que para su desenvolvimiento actúe a través de un representante, siendo natural que los padres lleven a cabo tal misión, resultando uno de los diversos atributos de la patria potestad.

Así el artículo 425 del Código Civil vigente señala " 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 éste código " y el artículo 427 del mismo ordenamiento establece que " la persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial

cial cuando la ley lo requiera expresamente. "

La cualidad del titular de la patria potestad como representante legal del menor, con el fundamento dicho, se integra en el Código Civil, en el contenido personal de la patria potestad, dentro del capítulo referente a los efectos de la patria potestad respecto a la persona de los menores.

Además, se ha de señalar, que al ser la representación de los padres atributo de la patria potestad, el estricto concepto de la representación queda ampliado, al ir inherente a la misma, facultades de deliberación, por parte de los titulares de la patria potestad.

Al respecto Messineo menciona, " que en realidad el poder del progenitor va más allá del estrecho ámbito de la representación (declarar en nombre y de ordinario por cuenta del menor), por cuanto se extiende también a la dirección (conducción), de los negocios del hijo, lo que implica un poder de deliberación que el mero representante no tiene necesariamente. "(40)

(40) LOPEZ PEREZ, JERONIMO. " El Deber de Representación en la Patria Potestad ". Revista de Derecho Privado. Madrid, España, diciembre 1979, pág. 1.152.

Por otra parte Alonso Pérez, escribe que " la representación paternal, supone poder-deber para concretar de hecho las funciones inherentes al instituto " y que " los padres se hallan legitimados en base a la función de la patria potestad para suplir la imposibilidad jurídica de actuación del hijo. "(41)

Los menores de edad no emancipados están sujetos a la patria potestad, bien de sus padres o de sus abuelos paternos o maternos. La patria potestad implica la representación legal del menor y se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Es una representación necesaria que por emanar de la patria potestad, entraña un derecho personalísimo, indelegable, insustituible y universal; cuya declinación puede constituir el abandono, que acarrea su pérdida como sanción legal.

En relación a los poderes o facultades, los representantes legales tienen las facultades para pleitos y cobranzas, actos de administración y de dominio, pero éstas últimas se encuentran limitadas en los términos de los artículos 436 y 437 del Código Civil, puesto que se requiere autorización judicial para enajenar y gravar en algún modo los bienes inmuebles y también los mue

(41) Ibidem.

bles precioso, cuya autorización solamente se dará cuando sea de evidente beneficio del menor. En cuanto a los actos de administración, no se podrán celebrar arrendamientos por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años. Tampoco se podrán vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganado por menos valor del que se cotice en la plaza el día de la venta; tampoco se pueden hacer donaciones de los bienes de los menores o remisión voluntaria de los derechos de éstos; ni dar fianza en representación de los menores.

Así mismo, podemos señalar que los menores pueden adquirir la posesión a través de sus legítimos representantes. En relación a los legados y lo relativo a la elección, se puede hacer por sus representantes legítimos para el nombramiento de albacea, y por los herederos menores votarán sus legítimos representantes.

2. TUTELA.

Iniciaremos el presente punto, diciendo que la palabra tutela procede " del latín tutela, que a su vez deriva del verbo tueor que significa preservar,

sostener, defender o socorrer. En consecuencia de una idea de protección. "(42)

Nuestra ley se limita a determinar su objeto, sin dar una definición, y al respecto señala en su artículo 449 del Código Civil que " el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interna del incapaz en los casos especiales que señala la ley. "

Galindo Garfías la define como " un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo público de interés público y de ejercicio obligatorio. "(43)

Por lo que es una institución organizada por la ley para protección y defensa de los menores de edad no sujetos a la patria potestad, o de los mayores de

(42) DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Tomo VIII, rep-z, 1ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984, pág. 362.

(43) GALINDO GARFIAS. Ob. Cit. pág. 692.

edad incapacitados. Es una institución subsidiaria de la patria potestad.

La tutela es un cargo de interés público, del que nadie se puede eximir, sino por causa justificada, de ahí se derivan las siguientes consecuencias;

a. La institución de la tutela es creada y organizada para cuidar de la persona y patrimonio de un tercero.

b. Esta protección y cuidado a de referir se siempre a un menor no sujeto a la patria potestad o a los mayores de edad en estado de interdicción. (art 450 del C.C.)

La tutela puede ser testamentaria, legítima o dativa.

a. La tutela testamentaria es la deferida en testamento por las personas que tienen derecho a haberla. (arts. 470 a 481 del C.C.)

b. La tutela legítima se confiere por orden de inmediato parentesco, a los colaterales hasta el cuarto grado, únicamente cuando no se haya nombrado tutor

testamentario y no haya quien ejerza la patria potestad sobre el incapacitado y en caso de que deba nombrarse tutor por divorcio. Toca al Juez la elección en caso de pluralidad de aspirantes, salvo que el menor, que hubiere cumplido 16 años, la haya hecho con anterioridad.

b. La tutela dativa se caracteriza porque es subsidiaria de los otros tipos de tutela. Es nominada al arbitrio del Juez competente de una lista de auxiliares formada por el Consejo Local de Tutelas. También el tutor dativo, se designa por el menor si este es mayor de 16 años y se confirma su nombramiento por el Juez de lo Familiar.

Ninguna tutela puede ser conferida, si antes no se ha declarado judicialmente la incapacidad de quien quedará sujeto a ella. Puede pedirse por el mismo menor si ha cumplido 16 años, por su cónyuge, por sus presuntos herederos legítimos, por al albacea o por el Ministerio Público.

Los órganos de la Tutela son; el tutor, el curador, los Jueces de lo Familiar, el Consejo Local de Tutelas.

El Tutor es la persona capaz que tiene a

su cargo inmediato, la guarda de la persona y la administración de los bienes del pupilo.

El tutor sólo puede ser las personas físicas con capacidad plena y sin impedimento o excusa legal que las haga inhábiles mediante declaración judicial. Por excepción se faculta a las instituciones de crédito para desempeñar el cargo, pero es evidente que dicha guarda se constreñirá a la administración y disposición de bienes, pues el cuidado personal del pupilo debe ser ejercido por una persona física que, en todo caso, actuará como delegado o representante permanente.

El tutor debe manifestar si acepta o no el cargo que se le asigna dentro de un término de cinco días siguientes a la notificación de su nombramiento y debe prestar las garantías exigidas por la ley para que sea discernido en su cargo, estas garantías exigidas pueden consistir en hipoteca, prenda o fianza. El cargo de tutor es remunerado, ya sea que la retribución se fije por el testador o que la ley lo determine.

El curador es la persona capaz que tiene a su cargo, primordialmente vigilar al tutor para la protección permanente del pupilo, e informar al Juez de lo Familiar, de cualquiera irregularidad que observe en el

ejercicio de la tutela. Esto sin perjuicio de que lle-
gue a sustituir al tutor en sus funciones defensivas cuan-
do se produzca oposición de intereses entre el tutor y el
pupilo.

Al Juez de lo Familiar, en general le co
rresponde intervenir en los asuntos relativos a la tute-
la. En él se concentran los poderes de dirección, vigi
lancia, decisión y autorización requeridos para el desem-
peño de los más importantes actos de la tutela. En la
ley se establece responsabilidad para el Juez que no cum
pla con las disposiciones legales relativas a la tutela,
y ésta puede verse desde los aspectos penal y civil.

El Consejo Local de Tutelas es un órgano
de vigilancia e información, para cumplir lo dispuesto
por la ley en relación a la guarda de las personas y bie-
nes de éstas que son sujetas de la tutela.

El Consejo Tutelar para Menores Infracto-
res, los tribunales Federales para Menores y los Conse-
jos Federales de Vigilancia, son órganos de control y au
xilio para el correcto desempeño de la función tutelar.

La ley también impone a los familiares
del pupilo y a los terceros relacionados con éste, un rê

gimen de vigilancia fundado en el concepto de solidaridad hacia la protección del débil.

La tutela se extingue por la muerte del pupilo o por que desaparezca su incapacidad, cuando el in capacitado entre a la patria potestad, por reconocimien- to o por adopción.

El tutor debe desempeñar su función cum- pliendo las obligaciones y ejerciendo las facultades que la ley le otorga y absteniéndose de realizar los actos que expresamente se le prohíben.

Galindo Garfias expresa que podemos cla- sificar las facultades del tutor en tres grupos: (44)

a. Respecto de la persona del pupilo que son los deberes y facultades que tiene el tutor respecto del pupilo para la guarda, cuidado y educación del pupi- lo.

b. En relación a la representación del pu- pilo, el artículo 537 frac. V del Código Civil, dispone que el tutor es el representante legal del pupilo, estan- do obligado por ello a representarlo en juicio y fuera de él, en todos los actos civiles " con excepción del ma

(44) Ibidem. pp. 707, 708, 709.

rimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales ", tales actos podrán realizarse por los menores por sí, con el consentimiento del tutor.

c. Respecto del patrimonio del pupilo, el tutor es el administrador de los bienes del pupilo, por lo que tiene obligación de formar inventario solemne y circunstanciado de cuando constituye el patrimonio del incapacitado.

Tienen las limitaciones semejantes a quienes ejercen la patria potestad, es decir, se requiere la autorización judicial para enajenar, gravar bienes inmuebles y los bienes preciosos, se puede decir entonces que también tienen facultades o poderes para pleitos y cobranzas, actos de administración y de dominio, con las limitaciones que la ley señala.

B. CARACTERISTICAS DE LA REPRESENTACION LEGAL, DERIVADA DE LA PATRIA POTESTAD.

Como características de la representación legal, señalamos las siguientes:

1. SUPLE DEFICIENCIAS PERSONALES.

Gutiérrez y González señala que se realiza la representación legal cuando la " ley faculta a una persona capaz para verificar actos jurídicos por nombre y cuenta de otra, que por disposición de la misma ley tiene incapacidad de ejercicio, y entonces las conductas que realiza aquélla, surten efecto en el patrimonio o persona del incapaz. "(45)

Tomando en cuenta la definición transcrita, se puede decir, que la representación legal está establecida para suplir la deficiencia que supone una limitación a nuestras facultades, es decir, tienen por objeto suplir la deficiencia de capacidad de obrar de algunas personas, como son los menores de edad no emancipados.

2. TIENE TODAS LAS FACULTADES O PODERES.

El representante legal tiene un poder general para pleitos y cobranzas, actos de administración y de dominio pero en relación a éstas últimas facultades

(45) GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. De-
recho de las Obligaciones, Ob. Cit., pág. 353.

se encuentran limitados, pues requieren la autorización judicial para enajenar o gravar bienes inmuebles o vender bienes muebles preciosos, así mismo, no podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se cote en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes del menor o remisión voluntaria de los derechos, ni dar fianza en representación de los menores.

3. NO ES FORMAL.

En el caso de la representación legal las facultades que se le confieren al representante, se encuentran determinadas en la ley. Siendo los representantes quienes por la naturaleza del parentesco tienen la responsabilidad de ejercer la patria potestad o quienes por acto jurídico adoptan a menores a los que se aplican los mismos derechos y obligaciones de quienes ejercen la patria potestad o también, quienes por decisión judicial son designados tutores, por lo que al acreditar la relación de parentesco con el menor, se tendrán los poderes o facultades que la ley otorga, sin que se requiera documentación especial para ello.

4. ES UNA REPRESENTACION TOTAL Y DIRECTA

La representación es para realizar actos jurídicos a nombre y por cuenta de los incapacitados, es decir, que al contratar, al ejecutar un acto, al ejercer un derecho o al contraer una obligación, el representante actuará a nombre del representado, como si éste estuviera actuando personalmente y fuera su propia voluntad y su propio consentimiento el que se manifestara.

La representación directa exige el conocimiento o la inteligencia del tercero de que contrata o se relaciona con otro, o sea, el representado, a través y por la actuación del representante (apoderado, mandatario, representante legal), y exige también que éste, no oculte, ni calle, sino al revés ostente y manifieste su función instrumental, el intervenir en el asunto no como dueño o interesado directo, sino como persona ajena y representante del directamente interesado, cuyo nombre dará a conocer al tercero.

Además de tener la administración de los bienes del menor el representante legal, tiene a su cargo el cuidado de la persona de los menores y todo lo relativo a su formación, educación y cuidado, es decir, que esta representación va más allá de la realización de

tos jurídicos, pues comprende a la persona del menor, o incapacitados para lo cual la ley les otorga las facultades necesarias para cumplir con su función.

5. SE EXCLUYEN ACTOS PERSONALISIMOS DE LOS REPRESENTADOS.

Se excluyen de la representación legal los actos que son estrictamente personales del representado, como por ejemplo, no participarán en la celebración del acto jurídico referente al matrimonio, ni en el reconocimiento del hijo o la adopción, pues únicamente el representante legal otorgará el consentimiento para el mismo.

6. REQUIERE DE DIFERENTES AUXILIOS.

Se requiere de diferentes auxilios cuando surge algún problema en la representación legal, como por ejemplo, cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo, pero el designado deberá consultar en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los asuntos más importantes de la administración de los bienes de los menores.

El Juez de lo Familiar a solicitud de quienes ejercen la patria potestad y tutores, los Consejos Locales de Tutela y el Ministerio Público pueden acudir en auxilio del representante legal.

7. RENDICION DE CUENTAS.

Los representantes legales deben rendir cuentas cuando sus representados lleguen a la mayoría de edad y éstos tienen la facultad de exigirla. Así mismo, tienen también acción para demandar daños y perjuicios si hubiera alguna actuación ilícita que los hubiere originado.

8. REMUNERACION.

En general podemos señalar que en relación a la remuneración es gratuito el ejercicio por quienes ejercen la patria potestad, pues los padres o los abuelos tienen la obligación moral y legal de representar a los menores sujetos a su cuidado, ésta deriva de la responsabilidad propia del parentesco; sin embargo, cuando hubiere bienes que por cualquier título adquiera el menor, la administración corresponde hacerla a los que ejercen la patria potestad, quienes tienen derecho a la mitad del usufructo que se produzca; los padres o quienes

ejerzan la patria potestad pueden renunciar a ese derecho haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda.

C. EXTENSION DE LA REPRESENTACION EN LA PATRIA POTESTAD.

Considerando en principio que los que ejercen la patria potestad tienen la obligación indisponible de representar a los menores sujetos a ésta, estudiaremos la extensión de ésta que se concreta por el fundamento de la representación, es decir, sobre la incapacidad de obrar del menor, siempre y cuando redunde en beneficio del menor y sea para su protección.

El que ejerce la patria potestad es el representante legal de los menores sujetos a éstas y deben considerarse tan amplias sus facultades, como corresponde a una función que es de Derecho Natural, sin más limitaciones que las determinadas por las leyes.

Hay que reconocer que la obligación de representación, afecta no sólo a los actos judiciales, sino también a los de carácter extrajudicial. Así Royo Martínez señala que " se trata de una representación gene-

ral y precisamente de la más amplia representación legal concebible tanto por la índole del representado (menor incapaz de obrar), como por la cualidad del representante (progenitor) ungido con la máxima confianza que la ley pueda depositar en quien ha de guardar a otro. "(46)

Ahora bien, si en principio la representación de los padres tienen la amplitud señalada, debemos tener en cuenta los límites que afectan a la misma, al ser concedida en provecho del menor y por la capacidad del sometido.

En cuanto al provecho que debe reportar al menor la representación por el que ejerce la patria potestad, debemos mencionar los problemas que se plantean acerca de la posibilidad de los negocios concluido por el representante consigo mismo.

Hay contrato consigo mismo cuando una persona interviene doblemente en la celebración de un contrato: una de las veces actuando por sí misma y la otra como representante de alguna otra persona o bien en el ca

(46) LOPEZ PEREZ, JERONIMO. " El deber de Representación en la Patria Potestad ", Ob. Cit., pág. 1.153.

so de que intervenga como representante de dos diferentes personas.

Y nos surge una pregunta y respecto, ¿ Cuándo ocurre lo anterior, el acto resultante, es un acto unilateral o un contrato ?

Algunos autores sostienen que el llamado contrato consigo mismo es un acto unilateral porque falta en él, el elemento característico en el contrato que es el acuerdo de voluntades, pues es imposible suponer que alguien convenga consigo mismo. Trátándose entonces de un acto unilateral, al que se reconoce efectos de contrato, por convenir así.

Por otra parte, otros autores consideran que la figura que nos ocupa constituye un verdadero contrato, señalando por un lado que el contrato existe porque hay dos personas diferentes que concurren a su celebración, la voluntad de esas dos personas da vida al contrato. Así por ejemplo, el representante de otro puede a nombre de éste formular oferta y actuando por su propio derecho, aceptar. El contrato queda concluido porque hay el acuerdo de voluntades formada con la oferta

ta y su aceptación.

Por otro lado, otros autores señalan que lo primero que hay que decir, es que si la ley permite o no el autocontrato. En nuestro Código Civil para el Distrito Federal, no existe ninguna disposición que expresamente y de manera general prohíba o permita el contrato consigo mismo; por lo tanto, aplicando el principio de que " todo lo que no está prohibido está permitido ", se concluye que la celebración de autocontratos se permite.

En cuanto a su campo de aplicación, hay que actuar con gran tiento, porque sobre todo en caso de que el representante actúe algunas de las veces en su propio nombre, es lógico suponer que favorezca sus particulares intereses sobre los de la persona a quien representa.

En nuestra legislación hay dos casos:

1. Cuando una persona actúa en representación de otro y además en su propio nombre. A continuación pondremos algunos supuestos.

a. Supuesto de las personas que ejercen

la patria potestad.

El artículo 440 del Código Civil establece que " en todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos serán éstos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el Juez para cada caso. "

Según el artículo transcrito, el ascendiente que ejerce la patria potestad no puede representar al descendiente, si hay oposición de intereses; contrario sensu sí puede representarlo si no hay oposición de intereses, v.gr., no podría representarlo en una compraventa, porque los intereses de comprador y vendedor son opuestos; pero sí podría en una donación actuando como donante el ascendiente, porque en este caso no hay oposición de intereses; sólo una de las partes da y la otra se limita a recibir.

b. Caso de los tutores.

El artículo 569 del Código Civil vigente establece al respecto que " ni con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella puede el tutor comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos para sí, sus ascendientes, su mu-

jer o marido, hijos o hermanos por consanguineidad o afinidad. Si lo hiciere, además de la nulidad del contrato el acto será suficiente para que se le remueva. " y el artículo 570 del mismo ordenamiento señala que " cesa la prohibición del artículo anterior, respecto de la venta de bienes, en el caso de que el tutor o sus parientes allí mencionados sean coherederos, partícipes o socios del incapacitado. "

c. Otros representantes.

El artículo 2280 del Código Civil establece que " no pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados:

I. Los tutores y curadores;

II. Los mandatarios;

III. Los ejecutores nombrados por el testador o por los herederos;

IV. Los interventores nombrados por el testador o por los herederos;

V. Los representantes, administradores e

interventores en caso de ausencia;

VI. Los empleados públicos. "

2. En el caso de que una persona actúa en representación de otras dos más que le han conferido dicha representación. En este caso no podemos suponer en principio que el representante tienda a favorecer a alguno de sus dos representados; por lo tanto, el contrato se permite libremente con la sola limitación del caso a que se refiere el artículo 457 del Código Civil, mismo que dice " cuando los intereses de alguno o de algunos de los incapaces, sujetos a la misma tutela, fueren opuestos, el tutor lo podrá en conocimiento del Juez quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces, que el mismo designe, mientras se decide el punto de oposición. "

Así mismo, les corresponde a los que ejercen la patria potestad la administración legal de los bienes que les pertenecen a los sujetos a ésta, teniendo las obligaciones propias de todo administrador, entre ellas la de conservar sin menoscabo, el peculio de los menores y si bien la administración de aquéllos incluye la representación de los menores es los asuntos patrimoniales, dicha representación como se infiere del artículo 436 del

Código Civil, solamente abarca los actos que puedan redundar en beneficio de los menores.

También es una limitación a la obligación de representación, la capacidad de los menores, ya que en determinados casos éste puede disponer de su persona y de sus bienes.

D. ACTOS QUE PUEDEN REALIZAR LOS MENORES DE EDAD, MEDIANTE AUTORIZACION DEL QUE O DE LOS QUE EJERZAN SOBRE EL LA PATRIA POTESTAD.

A pesar de que el menor de edad no tiene la capacidad de ejercicio, hay ciertos actos que puede realizar por sí mismo, con la autorización de las personas que ejercen sobre él la patria potestad.

El menor de edad puede contraer matrimonio cuando ha cumplido catorce años si es mujer y dieciséis años si es varón, ya que es la edad núbil o apta para el matrimonio que corresponde a cada uno; no obstante necesita el consentimiento de quienes ejercen sobre él la patria potestad. A falta de estas personas, el consentimiento del tutor y a falta de éste último, el Juez de lo

Familiar de la residencia del menor, suplirá el consentimiento. (arts. 148, 149 y 150 del C.C.).

Así mismo, está capacitado para solicitar de la autoridad administrativa de su domicilio, la suplencia del consentimiento para contraer matrimonio del Jefe del Departamento del Distrito Federal o de los Delegados cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieren otorgado.

Los menores también pueden reconocer a un hijo, siempre y cuando tenga la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido así como contar con el consentimiento del que o de los que ejerzan sobre él la patria potestad o de la persona que bajo su tutela se encuentre, o, a falta de ésta, con la autorización judicial.

Para ser sujetos de la relación de trabajo, los menores de catorce años necesitan el consentimiento de su padre o tutor, del sindicato a que pertenecen, del inspector del trabajo o de la autoridad política.

Para la adopción también se requiere el consentimiento del adoptado que ha cumplido catorce años,

así como el de la persona que ejerza la patria potestad o tutela, y en su defecto el del Ministerio Público del lugar del domicilio del menor, o de las personas que lo hayan acogido como a un hijo siempre y cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él, ni tenga tutor.

El menor puede por la ley o por la voluntad de los que ejerzan sobre él la patria potestad, la administración de sus bienes y se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

Así mismo, el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho.

E. ACTOS QUE PUEDEN REALIZAR LIBREMENTE LOS MENORES DE EDAD.

En materia hereditaria la edad de dieciseis años determina la capacidad para hacer testamento a demás de que como es un acto personalísimo no cabe la po

sibilidad de que se realice por un representante.

El menor tiene la propiedad, administración y usufructo de los bienes que adquiere por su trabajo, así lo establece el artículo 429 del Código Civil y puede pedir también la declaración de estado de minoridad conforme al artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles.

F. ACTOS EN LOS CUALES INTERVIENEN LIBREMENTE LOS REPRESENTANTES LEGITIMOS DE LOS MENORES DE EDAD.

Por el solo hecho de la concepción del ser se reconocen los derechos a éste y se tiene entonces el principio de la capacidad de goce en materia familiar, hereditaria y contractual.

El momento del nacimiento implica un aumento sensible en la capacidad de goce del recién nacido, y su capacidad de ejercicio es nula, por lo cual, todos sus derechos se harán valer por conducto de su representante, sin embargo, en el ser nacido existe ya una capacidad de goce completa en el orden patrimonial.

El artículo 413 del Código Civil establece que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos y se relaciona con el artículo 425 que dice, los que ejercen la patria potestad son 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, resultando que el que ejerce la patria potestad es el legítimo representante del menor y el administrador de los bienes de éste.

G. LA IRRENUNCIABILIDAD DE LA REPRESENTACION.

La persona para cumplir con los fines sociales o individuales que le son inherentes, debe tener una gran variedad de atributos, dentro de los cuales se requiere de un grado determinado de desarrollo tanto fisico como intelectual que le permita comprender las consecuencias de sus actos y emplear los medios oportunos que ha de poner en práctica para hacer eficaz su actividad, por lo que considerando ésto, el legislador ha creído conveniente reglamentar la actuación del menor de edad para que éste participe de una manera o de otra dentro de la sociedad, resultando que la incapacidad de ejercicio

origina la necesidad de una representación legal.

El carácter irrenunciable que presenta esa representación, viene limitado en la medida reclamada por las necesidades de los menores de edad y con base en la protección de los mismos.

Para los titulares del ejercicio de la patria potestad, la representación de los menores sujetos a ésta es irrenunciable. Esa idea de irrenunciabilidad se basa en el mismo fundamento de la representación, pues es derivación de ésta y además es ratificada por disposición legal.

H. ANALISIS DEL ARTICULO 440 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

Anteriormente ya se ha estudiado sobre la representación como obligación de los que ejercen la patria potestad, cabe todavía hacer referencia a ciertas particularidades que vienen a concretar ese alcance y a limitar el aspecto de la obligación de representación.

De modo especial por su problemática y también en cuanto supone esa relajación al principio de

la irrenunciabilidad de la representación y para que sea acoplado lógicamente a nuestras ya crecientes exigencias sociales.

El artículo 440 del Código Civil establece " en todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos serán éstos representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el Juez para cada caso. "

De la lectura del artículo anterior podemos deducir varias incógnitas: se habla de la patria potestad, del interés, de la representación en juicio, del tutor y del Juez.

Este artículo entrelaza varias instituciones jurídicas y para desmenuzarlo para encontrarle su contenido, será necesario lo siguiente:

Por una parte los conceptos representación, patria potestad, tutela ya han sido tratados con anterioridad y también se ha precisado que nuestra legislación comprende cada uno de ellos, por lo tanto, consideramos por el momento no insistir en ello. Sin embargo, nos queda un elemento vital de este artículo al que debemos encontrarle su sentido, pues constituye el meollo

de éste estudio. Por lo que nos surgen las siguientes preguntas ¿ qué es el interés ? ¿ a qué interés se refiere este artículo precisamente ?.

Puede decirse que para hablar de intereses en el campo de lo jurídico, resulta algo verdaderamente complejo, porque precisará determinar en razón a otros conceptos semejantes su ubicación y alcance.

La expresión " interés jurídico " tiene un significado general propio de la Filosofía del Derecho y, otro más restringido, que tiene relación con el Derecho Procesal. A continuación realizaremos el análisis por separado de estas dos significaciones.

1. La noción de interés está estrechamente vinculada con los fines del derecho por las siguientes razones:

a. Una de las funciones primordiales del Derecho es la de proteger los intereses que tienden a satisfacer las necesidades fundamentales de los individuos y grupos sociales. Por tal razón, el contenido de las normas jurídicas se integra por facultades y derechos concedidos a las personas que representan estos intereses; de esta forma se tutelan las aspiraciones legítimas de

los miembros de una comunidad.

b. El Derecho se propone eliminar el uso de la fuerza en las relaciones sociales, por medio de una " regulación objetiva (es decir, que no derive de ninguna de las partes en conflicto, sino de una autoridad imparcial y que sea impuesta a aquellas partes por un i gual), la cual se obedezca por los antagonistas ", (47) o sea, por los que tienen conflicto de intereses.

Y esos mecanismos y procedimientos regu lados impiden que las partes en un conflicto resuelvan sus diferencias recurriendo a la violencia. Por eso el Derecho Positivo realiza las siguientes operaciones para zanjar los conflictos de intereses entre los individuos o entre los grupos.

" A) Clasifica los intereses opuestos en dos categorías: primero intereses que merecen protección; y segundo, intereses que no merecen protección, por ser ilícitos, o por no caer dentro de las materias reguladas por el Derecho.

(47) RECASENS SICHES, LUIS. Introducción al Estudio del Derecho, 6ª ed., Porrúa, S.A., México, - 1981, pág. 115.

B) Establece una especie de tabla jerárquica en la que se determina respecto de los intereses que merecen protección, cuáles intereses deben tener prioridad o preferencia sobre otros intereses y además establece los esquemas de posible armonización o compromiso entre los intereses sólo parcialmente opuestos.

C) Define los límites dentro de los cuales esos intereses deben ser reconocidos y protegidos, mediante normas jurídicas que sean individualizadas congruentemente e impuestas por la autoridad judicial o por la administrativa, en caso necesario, en caso de que tales normas no sean espontáneamente cumplidas por los sujetos obligados.

D) Establece y estructura unos órganos para desempeñar las siguientes tareas: declarar las normas que sirvan como criterio para resolver los conflictos de intereses; desenvolver y particularizar dichas normas; dictar normas individualizadas -sentencias y decisiones administrativas- en las que se concreten las reglas generales; y ejecutar estas normas individualizadas. "(48)

(48) RECASENS SICHES, LUIS. Introducción al Estudio del Derecho, Ob. Cit., pág. 116.

El Derecho trata de resolver los conflictos de intereses, de una manera práctica, eficaz, ejecutiva, es decir, de modo que la solución que él da a tales conflictos sea cumplida necesariamente y llegado el caso, impone soluciones de un modo inexorable, sin admitir la posibilidad de rebeldía.

Además para solucionar los conflictos de intereses, necesita no solamente unos criterios valorados adecuados, sino que requiere también de estar apoyado por el poder político, o sea por el Estado.

En el tratamiento de la doctrina sobre el interés se anota una circunstancia importante para nuestro estudio y consiste en la clasificación de los diversos tipos de intereses, porque según nuestro artículo en análisis, habla de intereses sin que se precise a qué intereses se refiere, y en atención a las especiales circunstancias de su tratamiento y fundamentalmente en relación a las personas y cosas que puede abarcar, resulta sumamente importante analizarlo.

Para Recaséns Siches, los numerosos y variados intereses que reciben la protección del orden jurídico pueden reducirse a dos tipos principales: " intereses de libertad -estar libre de interferencias, de -

obstáculos, de ataques, de peligros, en una serie de aspectos de la vida espiritual, individual y social y de las posesiones o propiedades-; e intereses de cooperación -obtener la ayuda o asistencia de otras personas, individuales o colectivas, privadas o públicas para la realización de múltiples y variados fines humanos, que no pueden ser cumplidos, o que, al menos, no pueden ser cumplidos satisfactoria o suficientemente sin dicha cooperación. "(49)

Por su parte Rosco Pound,⁽⁵⁰⁾ distingue entre los intereses individuales, públicos y sociales. Los intereses individuales comprenden los derechos relativos a la personalidad, y son considerados en los textos constitucionales como garantías individuales; los intereses públicos tienden a satisfacer las necesidades del Estado como organización, y se protegen mediante las facultades concedidas a los órganos de gobierno. Los intereses sociales tienen relación con el bienestar general de los miembros de la sociedad, y entre ellos se puede considerar los siguientes: la paz y el orden, la seguridad jurídica, la enseñanza pública y la conservación de los recursos naturales.

(49) Ob. Cit., pág. 117.

(50) Ibidem, 118.

El concepto de interés es primordial en la doctrina de Rodolfo Von Jhering. Este tratadista considera que los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos. Para Jhering, la palabra interés debe tomarse en un sentido amplísimo, dice Jhering " se aplica no sólo a los intereses susceptibles de apreciación pecuniaria (económicas), sino a las de otra índole, como la personalidad, el honor, los vínculos familiares, etc., la salvaguardia de los numerosos bienes a cuya consecución puede hallarse orientada la actividad individual, constituye la meta última del Derecho. El nombre es el destinatario de toda facultad jurídica. "(51)

Con el propósito de fundar debidamente sus ideas, Jhering realiza las siguientes consideraciones: bien es la cosa que posea utilidad para un sujeto; la noción de bien se encuentra indisolublemente vinculada con los conceptos de valor e interés. El valor es la medida de la utilidad de un bien; el interés es el valor en su relación peculiar con el individuo y sus aspiraciones, derechos hay que valen por sí mismos y, sin embargo, no interesan a determinados sujetos.

(51) GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho, 35ª ed., Porrúa, S.A., México, 1984, pág. 189.

La teoría de Jhering fue claramente criticada por olvidar que existen intereses tutelados por la ley, a los que no corresponden derechos subjetivos, por esta razón, se vió obligado a introducir algunas variantes en sus conceptos y de ésta manera, señala que la existencia de un derecho subjetivo implica que le sea confiado al mismo interesado la protección de su interés esto es, que el particular pueda tomar la iniciativa para la protección de aquello que constituye su derecho. En virtud de las consideraciones anteriores, Jhering vuelve a definir al derecho subjetivo como la autoprotección de un interés.

2. En materia procesal, el interés jurídico " es la pretensión que se tiene de acudir a los tribunales para hacer efectivo un derecho desconocido o violado. El concepto de interés jurídico procesal no debe confundirse con la noción de intereses en litigio. Esta última se refiere al derecho sustantivo que se pretende salvaguardar mediante el proceso. En cambio, el interés procesal no es otra cosa que la necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales para proteger el derecho sustantivo, que es la materia del litigio. "(52)

(52) DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. T. V. I-J, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM 1984, pág. 166.

Nuestras inquietudes nos llevan a que se analice el interés más allá de las posibilidades procesales y que nos adentremos en otro tipo de consideraciones sobre él, para descubrir la posibilidad de darle a nuestro concepto de interés el alcance necesario.

El artículo 440 del Código Civil nos habla de intereses, y en nuestra opinión, no se refiere a los considerados en el litigio o a los de obrar, sino que se divide en dos causales.

Por una parte, la existencia de intereses opuestos de los padres, que pueden versar sobre: posesiones, propiedades, etc., y si ellos (los padres) se encuentran en un juicio, las resoluciones que se tomen en cuenta desde luego afectan a los hijos. Este es el caso de conflicto de intereses patrimoniales.

Por otra parte, puede darse el caso que se encuentren en contención, pero ello se origine por cuestiones personales de índole moral, en donde el juego de las buenas costumbres, educación, religión, no garanticen una deseable orientación al menor. Este es el hecho de que el aspecto fundamental se concentre en cuestiones morales, y es entonces, que aplicamos un criterio sobre el interés que se origine en los aspectos personales,

sea de la vida matrimonial o familiar y que se proyecte hacia perfiles sociales.

El interés " es la demanda o deseo que los seres humanos tratan de satisfacer, bien individual o bien a través de grupos y asociaciones, es decir, el interés, es la relación existente entre un individuo o un conjunto de individuos y el bien en el cual puedan satisfacer sus necesidades de cualquier orden; materiales, espirituales, políticas.

Los intereses suponen una relación humana que puede ser individual o colectiva; así debemos considerar que los intereses son siempre personales.

Según lo anteriormente apuntado se desprende que los padres pueden tener intereses que lleguen a ser contrarios a los de los hijos, sea porque pugnan por posesiones o propiedades o porque su personal forma de ver la vida, contravenga las costumbres, educación, y hasta religión de una sociedad.

El artículo 440 del Código Civil, habla sobre la oposición manifiesta al interés de los hijos. Se deduce entonces que el interés a que se refiere, considera postulados que son netamente patrimoniales. Igualmente

te se refieren los artículos 441 y 442 del Código Civil, en los que se precisa que la tutela legal recae sobre la administración buena o mala, que de los bienes " del hijo " realicen quienes ejerzan la patria potestad. Concretando, tanto el artículo 440 como los complementarios 441 y 442 se refieren exclusivamente a los intereses de carácter patrimonial.

Sin embargo, en nuestra opinión debería de llamarse la protección a los intereses denominados " morales " en donde podríamos encontrar una serie de respuestas interminables, ya que afectan una compleja esfera, sumamente prolifera de ejemplificar.

El presupuesto llamémoslo básico, del artículo 440 se refiere a aquellos quienes ejerzan la pattria potestad, y que tienen intereses opuestos a los de sus hijos, es decir, los padres que en ciertos momentos o circunstancias puedan participar en oposición de los intereses de sus hijos. Los criterios nos lleva a considerar que del texto de nuestro artículo se desprende que sólo atañe el caso de los padres, pues con absoluta propiedad se precisa esa circunstancia.

En nuestro Código Civil vigente encontramos la posibilidad de varias hipótesis, respecto a nues

tro caso planteado. Las causales provenientes del conflicto de intereses morales son muy numerosas. En el artículo 267 del Código Civil, se señalan cuales son las causas de divorcio, pues bien, cada una de ellas puede ser una compleja fuente de conflictos de intereses, de los que antes hemos señalado, o sea patrimoniales y morales.

Tanto el artículo 267, como el 268, 269, 270, 285, podríamos encontrar las causas que originan los conflictos de intereses indicados. No es necesario llevar a casos concretos nuestra propuesta porque resultan interminables las posibilidades.

Según el capítulo II, del título VIII, del libro I de nuestro Código Civil, que dice: " Efectos de la patria potestad respecto a los bienes del hijo ", cabe pensar que el legislador ha entendido por " bienes " todo aquello que satisfaga necesidades en un sentido amplio.

Los bienes pueden ser materiales o inmateriales, o de orden moral, estimables o no en dinero, de naturaleza sentimental o intelectual y así sucesivamente.

Volviendo a nuestro artículo 440 y una

vez habiendo aclarado que los bienes afectados por el con
flicto de intereses son de una índole también moral, co
rrobora mis dudas y la necesidad de ampliar nuestra ley.

Los conflictos de intereses entre los pa
dres pueden surgir en cualquier momento, solamente que
en los casos de divorcio antes apuntados, en ciertas re
laciones familiares, en cuestiones de alimentos, de adop
ción, o de trámite de sucesiones, resulta que pueden pre
cipitarse o parecer más claramente éstos, que si bien
pueden directamente afectar el patrimonio del incapaz,
con mayor trascendencia lo afectarían en su orden moral,
y si pensamos que en nuestra moderna sociedad la finali
dad del estado es preservar y proteger la moralidad y la
estabilidad de las familias, con mayor cuidado deberán a
tenderse aquellas cuestiones que plantean problemas en
condiciones de desigualdad, tanto física como intelectual
(caso de los incapaces). Todo el orden jurídico según
la moderna visión de la protección social debe cuidar de
la sana y moral educación de los menores.

Planteada la cuestión relativa a que los
padres pudieran tener choques de intereses digamos ini
cialmente patrimoniales en que los hijos se vieran afec
tados, fácilmente la legislación resuelve el problema,
porque acudiendo al propio artículo 440 y a los subsecuen

tes, las personas citadas en ellos nombrarían un tutor que velara por los intereses de los hijos, sea por una herencia en litigio o por ciertas posesiones originadas por legados, entre otros ejemplos; además, ese tutor legal podría ser llamado a responder de sus manejos o administración de tales bienes patrimoniales. Más se nos presenta el caso de que el choque de intereses fuera además de los patrimoniales, de cuestiones de alto fondo social, en que los padres de los menores cometen actos repudiados por la moral de la sociedad, y que al fin sus cuestiones patrimoniales pudiera resolverse, pero no así las morales ¿ qué situación guarda entonces el incapaz ?, el tutor legal cumpliría su misión al momento de resolver las cuestiones patrimoniales pero si las morales se quedan latentes ¿ cómo se resolverían ?.

La ley en este aspecto y en este capítulo lo nada parece disponer, lo que a nuestro parecer es una laguna, porque si como antes se ha dicho, es importante solucionar las cuestiones económicas (art. 441 y 442 del C.C.), también lo son las morales, cabiendo la posibilidad de que se hiciera un agregado a nuestro artículo 440 según el cual se explicaría o se extenderá en su concepción a lo que se entiende por intereses, señalándose la interpretación de intereses morales. Es decir, que nuestra ley en este concepto, debe abarcar las consideraciones

que las propias experiencias puedan presentar.

En este sentido el capítulo de los efectos de la patria potestad respecto a los bienes del hijo abarcará todas las posibilidades con tensiones, si como se vio antes, por bienes se reconocen tanto los económicos y los morales, habrá entonces una correcta interpretación de conceptos y una mayor protección del incapaz, resultando más compleja la visión que la propia doctrina de la ley determina en razón a sus necesidades.

En conclusión nuestro artículo en cuestión adolece de los defectos anteriormente citados y podría reestructurarse de la siguiente manera:

" En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tengan un interés moral o patrimonial opuestos al de los hijos, serán éstos representados en juicio o fuera de él por un tutor nombrado por el Juez para cada caso. "

CONCLUSIONES .

Después de haber finalizado el presente trabajo de investigación, podemos concluir lo siguiente:

1.- La representación es uno de los principales pilares del mundo moderno, pues el Derecho la ha creado, por considerarla necesaria, permitiendo a los interesados substituirse para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

2.- La representación ofrece una doble ventaja: por parte del representado se utiliza la habilidad ajena para la celebración de actos jurídicos; y por otra parte tratándose de la representación legal, se tiene la posibilidad de activar la capacidad de ejercicio de quienes no poseen esta o la tienen limitada, por lo cual la representación viene a ser un medio para extender la " personalidad ".

3.- En el Derecho de Familia, la representación no es tan amplia y libre como en el Derecho en general y sobre todo en el patrimonial, pues es una representación limitada a ciertos y determinados actos por

las leyes, en virtud de que siempre debe redundar en evidente beneficio para el representado.

4.- La patria potestad reviste un ámbito de seguridad y de protección, que las legislaciones antiguas y modernas han reconocido, tanto para los efectos en los bienes como del propio desarrollo integral de la personalidad de los menores.

5.- La vida, educación y desarrollo de los menores de edad, competen tanto a la familia, como a la sociedad y al Estado.

6.- La capacidad de ejercicio depende de la edad de la persona y del pleno uso de sus facultades mentales, resultando entonces que los mayores de dieciocho años que padezcan de locura, idiotismo, imbecilidad, los sordomudos que no sepan leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los que hacen uso inmoderado de drogas enervantes, carecen de capacidad de ejercicio. Sin embargo, pueden hacer valer sus derechos y cumplir con sus obligaciones por medio de un representante.

7.- Cuando existe una causa que restringe la capacidad, el Derecho generalmente la suple con un medio jurídico adecuado en cada caso a la naturaleza de la

incapacidad, aún cuando hay casos en los cuales las incapacidades son absolutas, tales como, celebrar matrimonio u otorgar testamento. No obstante, puede afirmarse que las directrices fundamentales de las incapacidades son las nociones de representación y asistencia.

8.- La patria potestad se regula fundamentalmente por normas de carácter ético o moral, encontrando su contenido íntima relación con éstas.

9.- A los que ejercen la patria potestad, más que concederles derechos, se les imponen obligaciones.

10.- La patria potestad es una institución necesaria, que da cohesión al grupo familiar.

11.- La representación legal es una institución jurídica de carácter necesario, para que los incapaces ejerzan sus derechos y cumplan con sus obligaciones.

12.- Son escasas las posibilidades que la experiencia nos presenta para que haya un conflicto de intereses previsto en el caso del artículo 440 del Código Civil, en consecuencia y entendiendo como excepción la po

sibilidad de conflicto de intereses, el legislador previó esta situación, sólo que parcialmente. Considerando lo anterior, pensamos que podría estructurarse el artículo señalado, de la siguiente manera:

Art. 440.- En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés moral o patrimonial opuesto al de los hijos, serán éstos representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el Juez para cada caso.

13.- La legislación civil ha encomendado la representación judicial del incapaz a ciertas personas que por sus condiciones especiales, suplen las deficiencias de que adolecen los menores sujetos a la patria potestad, en la que no es aplicable la idea de renuncia.

14.- Los padres son representantes necesarios de los hijos, lo que significa que no pueden declinar la representación conferida legalmente, es decir, renunciarla o desistirla.

15.- La delegación parcial del ejercicio de la patria potestad sólo puede hacerse a alguno de los que conjuntamente la debe ejercer, bien sean los progenitores o los abuelos.

16.- No puede haber una delegación total del ejercicio de la patria potestad, por que se trata de una función de orden público, en beneficio del menor, que no acepta por su naturaleza la delegación plena, pues sería tanto como renunciar a ella.

17.- La representación que ejercen los titulares de la patria potestad, es en principio irrenunciable, pero flexible, en base a las necesidades del menor sujeto a ésta, ello de acuerdo con su interés personal, familiar y social.

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

BARRERA GRAF, JORGE. La Representación Voluntaria en Derecho Privado, Instituto de Derecho Comparado, México, UNAM, 1967.

BONNECASE, JULIEN. Elementos de Derecho Civil, Tomo I, Tr. Lic. José M. Cajica Jr., Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana, Baja California, México, 1985.

BORJA SORIANO, MANUEL. Teoría General de las Obligaciones, 9ª ed., Porrúa, S.A., México, 1984.

CASTAN VAZQUEZ, JOSE MARIA. La Patria Potestad, editorial Revista de Derecho privado, Madrid, España, 1960.

COLIN AMBROSIO Y CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil, T. I, 3ª ed., Tr. de la 2ª ed. Francesa, Instituto Editorial Reus, Madrid, España, 1952.

CHAVEZ ASENCIO, MANUEL. La Familia en el Derecho, Porrúa, S.A., México, 1984.

DE IBARROLA, ANTONIO. Derecho de Familia, Porrúa, S.A., México, 1978.

DE PINA, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, Vol. II, 7ª ed. Porrúa, S.A., México, 1975.

DIEZ-PICAZO, LUIS. La Representación en el Derecho Privado, editorial Civitas, S.A., Madrid, - España, 1979.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho Civil, primer curso, 10ª ed., Porrúa, S.A., México, 1990.

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho, 35ª ed., Porrúa, S.A., México, -- 1984.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. Derecho de las Obligaciones, 7ª ed., Porrúa, S.A., México, 1990.

LOPEZ PEREZ, JERONIMO. " El Deber de Representación en la patria potestad ", Revista de Derecho Privado, Madrid, España, diciembre, 1979.

MENDIZABAL OSES, L. Derecho de Menores, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, España, 1977.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. Representación, Poder y Mandato, Porrúa, S.A., México, - Distrito federal, 1984.

PLANIOL, MARCEL Y GEORGES RIPERT. Tratado Elemental de Derecho Civil, Tr. Lic. José M. Cajica - Jr., Cárdenas editor y distribuidor, México, D.F..

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Porrúa, S.A., México, 1983.

RECASENS SICHES, LUIS. Introducción al Estudio del Derecho, 6ª ed., Porrúa, S.A., México, 1981.

RIVERO HERNANDEZ, FRANCISCO Y OTROS. El Derecho de Visita. Teoría y Praxis. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1982.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, Porrúa, S.A., México, 1981.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, T. V, vol. II, 5ª ed., Porrúa, S.A., 1985.

SACCHI-ANNABEL GARAT, CARLOS. Manual de Responsabilidad Extracontractual, 3ª ed., Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, Montevideo.

VAZQUEZ DEL MERCADO, ALBERTO. Teoría de la Representación en las Obligaciones, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, año 4, No. 4, México, 1980.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO. T. 17, 16ª ed., Salvat, Barcelona, España, 1986.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. T. VIII, rep-z, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. - Comentada. Edición única, Colección Popular, Ciudad de México, Serie de Textos Jurídicos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1990.

**CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA COMUN,
Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. 61ª ed., Po
rrúa, S.A., México, 1992.**

**CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDE-
RAL. 41ª ed., Porrúa, S.A., México, 1992.**

INDICE .

	Pág.
INTRODUCCION .	1
CAPITULO I LA REPRESENTACION.	
A. CONCEPTO.	5
B. CLASES DE REPRESENTACION.	9
1. REPRESENTACION VOLUNTARIA.	
2. REPRESENTACION LEGAL.	
3. REPRESENTACION OFICIOSA.	
C. DIFERENTES TEORIAS QUE HAN TRATADO DE EXPLICAR LA REPRESENTACION.	13
D. UTILIDAD DE LA REPRESENTACION.	21
E. DIFERENCIAS ENTRE PODER, REPRESENTA CION Y MANDATO.	22
CAPITULO II LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO CI VIL VIGENTE.	
A. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.	27
B. CARACTERES DE LA RELACION PATERNO FI LIAL.	32
C. NATURALEZA JURIDICA.	34

D. PERSONAS A QUIENES CORRESPONDE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.	37
E. PERSONAS SOMETIDAS A LA PATRIA POTESTAD.	39
F. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN CUANTO A LAS PERSONAS.	41
G. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN CUANTO A LOS BIENES.	45
H. FORMAS DE TERMINACION DE LA PATRIA POTESTAD.	47
1. POR EXCUSA.	
2. POR SUSPENSION.	
3. POR PERDIDA.	
4. POR EXTINCION.	

CAPITULO III. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

A. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LAS PERSONAS.	54
1. OBLIGACION DE CUIDAR Y VIGILAR A LOS HIJOS.	
2. OBLIGACION DE OBSERVAR UNA CONDUCTA QUE SIRVA DE BUEN EJEMPLO.	
3. OBLIGACION DE RESPETAR Y OBEDECER A SUS PADRES.	

4. DERECHO DE CONVIVENCIA.
5. DE LA REPRESENTACION.
6. DE LA RESPONSABILIDAD FRENTE
A TERCEROS.
7. DE LOS ALIMENTOS.

- B. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES. 102
1. DERIVADOS DE SU TRABAJO.
 2. DERIVADOS DE CUALQUIER OTRO TITULO.

CAPITULO IV LA REPRESENTACION EN LA PATRIA POTESTAD.

- A. REPRESENTACION LEGAL DE INCAPACES. 110
1. PATRIA POTESTAD.
 2. TUTELA.
- B. CARACTERISTICAS DE LA REPRESENTACION LEGAL, DERIVADA DE LA PATRIA POTESTAD. 126
- C. EXTENSION DE LA REPRESENTACION EN LA PATRIA POTESTAD. 132
- D. ACTOS QUE DEBEN REALIZAR LOS MENORES DE EDAD, MEDIANTE AUTORIZACION DEL QUE O DE LOS QUE EJERZAN SOBRE EL LA PATRIA POTESTAD. 139

E. ACTOS QUE PUEDEN REALIZAR LIBREMENTE LOS MENORES DE EDAD.	141
F. ACTOS EN LOS CUALES INTERVIENEN LIBRE MENTE LOS REPRESENTANTES LEGITIMOS DE LOS MENORES DE EDAD.	142
G. LA IRRENUNCIABILIDAD DE LA REPRESENTA CION.	143
H. ANALISIS DEL ARTICULO 440 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.	144
CONCLUSIONES.	160
BIBLIOGRAFIA.	165