

117
24



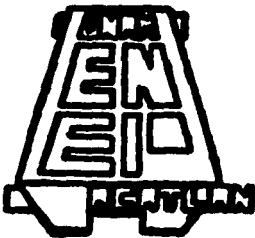
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"**

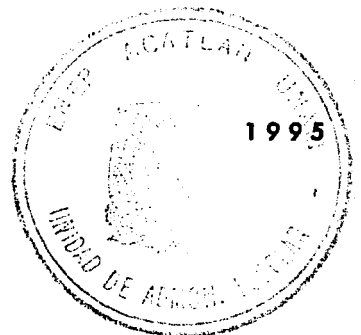
FALLA DE ORIGEN

**NECESIDAD DE IMPLANTAR EL
EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD
EN EL DESEMPEÑO DE LA TUTELA**

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
EDITH CAROLINA GALVEZ PIÑA**



NAUCALPAN, EDO. DE MEX.





Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

HAGO PATENTE MI AGRADECIMIENTO A TODAS
AQUELLAS PERSONAS QUE ME HAN TENIDO FÉ, Y
QUE CON SU ESTIMULACIÓN PROHJERON LA
ELABORACIÓN DE MIS ESFUERZOS, DE LLEGAR
AL PRINCIPIO DEL FIN DE MI VIDA
PROFESIONAL, PROTESTÁNDOLES FIRMEMENTE,
QUE NUNCA PODRÁN LLEGAR A SENTIRSE
DEFRAUDADOS EN LA CONFIANZA QUE ME HAN
DEPOSITADO.

GRACIAS.

EN FORMA MUY ESPECIAL MANIFIESTO MI GRATITUD Y RESPETO PARA LA MUJER QUE HIZO POSIBLE QUE YO LLEGARA A LA OBTENCIÓN DE ESA LICENCIATURA, MI MADRE, PARADIGMA DE ABSOLUTA INTEGRIDAD Y DE INFINITA BONDAD A QUIEN NO SÓLO DEDICO ESTA TESIS, SINO TODA LA ACTUACIÓN DE MI CARRERA PROFESIONAL, QUE ESPERO ALGÚN DÍA, LLEGUE A ENORGULLECERLE POR HABER SEGUIDO SU TRAYECTORIA DE RECTITUD Y HONRADEZ, QUE ES LO QUE LA CARACTERIZA Y ENOBLECE.

GRACIAS MAMI.

A TI, CON TODO MI AMOR.

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

Con la presente tesis que pongo a la consideración de los estudiosos de la ciencia del derecho, en particular y de las personas que en general les inquiete el desarrollo del tema aquí tratado, podrán percatarse que la principal preocupación que nos fijamos en su elaboración, no fue la de crear una nueva corriente jurídica que logre revolucionar el sistema legal positivo que nos rige, sino que su finalidad, es lograr definir una inquietud que redunde en la obtención, de su respaldo material y moral, para establecer mayores seguridades jurisdiccionales, a los menores dentro del ámbito familiar, reglamentado por la institución estudiada de la patria potestad y de la tutela.

Pretendo características de patria potestad en el desempeño de la tutela, ya que la legislación vigente le da hoy en día, mas importancia a los aspectos patrimoniales de las personas que al educacional, moral y emocional que es de más trascendencia en los menores para la formación de sus criterios y valores que decidirán en ellos la clase de personas que serán en el futuro, y de lo cual, nosotros con nuestro interés o con nuestra indiferencia, influiremos en forma categórica en la formación de sus personalidades.

**NECESIDAD DE IMPLANTAR EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD
EN EL DESEMPEÑO DE LA TUTELA**

CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA TUTELA

- 1.- ORIGEN
- 2.- TUTELA ROMANA
- 3.- SUJETOS DE LA TUTELA
- 4.- CLASES DE TUTELA
- 5.- EXTINCION

CAPITULO II: ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA POTESTAD

- 1.- LA PATRIA POTESTAD EN ROMA
- 2.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO
- 3.- CODIGO CIVIL DE 1870
- 4.- CODIGO CIVIL DE 1884

CAPITULO III: LA PATRIA POTESTAD EN LA ACTUALIDAD

- 1.- DEFINICION
- 2.- SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD
- 3.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD
- 4.- EXTINCION

**CAPITULO IV: DE LA TUTELA Y DEL EJERCICIO DE LA PATRIA
POTESTAD**

- 1.- DEFINICION DE LA TUTELA
- 2.- PERSONAS SUJETAS A TUTELA
- 3.- CLASES DE TUTELA
- 4.- LA TUTELA EN LAS SUCESIONES
- 5.- NECESIDAD DE QUE SE CONCEDAN ACTOS DE PATRIA POTESTAD AL TUTOR
- 6.- CONSIDERACIONES JURIDICAS DEL PORQUE SE DEBE EJERCER LA PATRIA POTESTAD EN LA TUTELA

CAPITULO V: CONCLUSIONES

I N D I C E

NECESIDAD DE IMPLANTAR EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DESEMPEÑO DE LA TUTELA

PAGINA

CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA TUTELA

1.- ORIGEN	1
2.- TUTELA ROMANA	5
3.- SUJETOS DE LA TUTELA	7
4.- CLASES DE TUTELA	14
5.- EXTINCION	16

CAPITULO II: ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA POTESTAD

1.- LA PATRIA POTESTAD EN ROMA	30
2.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO ...	45
3.- CODIGO CIVIL DE 1870	45
4.- CODIGO CIVIL DE 1884	57

CAPITULO III: LA PATRIA POTESTAD EN LA ACTUALIDAD

1.- DEFINICION	63
2.- SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD	72
3.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD	80
4.- EXTINCION	101

CAPITULO IV.- DE LA TUTELA Y DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

1.- DEFINICION DE LA TUTELA	108
2.- PERSONAS SUJETAS A TUTELA	114
3.- CLASES DE TUTELA	124
4.- LA TUTELA EN LAS SUCESIONES	138
5.- NECESIDAD DE QUE SE CONCEDAN ACTOS DE PATRIA POTESTAD AL TUTOR	146
6.- CONSIDERACIONES JURIDICAS DEL PORQUE SE DEBE EJERCER LA PATRIA POTESTAD EN LA TUTELA	152

CAPITULO V: CONCLUSIONES

1.- CONCLUSIONES	159
------------------------	-----

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA TUTELA

1.- ORIGEN

Comenzaremos diciendo que el fundamento de la familia en el derecho romano en el derecho general de las sociedades, es el matrimonio. Entre los romanos, el matrimonio civil, las nupcias romanas, forman un elemento importante; pero su base y su fundamento se hallan en otra parte.

La familia romana, aún en el orden privado, no es una familia natural; es una creación del derecho civil, del derecho de la ciudad.

La mujer, esposa con respecto al marido, y madre con respecto a sus hijos, no se halla comprendida en ella por el solo derecho del matrimonio: ella dá los hijos a la familia, pero no es de su familia. Los hijos mismos y sus descendientes pueden ser extraños a ella.

El vínculo de familia, no es el vínculo de la sangre: el vínculo producido por el matrimonio y por la generación es un vínculo de derecho civil, un vínculo de poder.

El jefe de la familia, es el señor, el propietario de todos los demás y de todo el patrimonio. La propiedad

concentrada en cada familia se encuentra a su entera disposición: personas y bienes, todo es suyo. En cuanto a él es independiente.

Las personas sui iuris, que tienen un derecho y una condición propia, son independientes de todo poder y también se les llama Pater Familias cuando son hombres.

Lo opuesto a sui iuris es ser alieni iuris; de la condición de otro.

El primero, puede ejercer derechos civiles y tener otras personas bajo su poder. El segundo, hablando rigurosamente en principio, no tiene, ni adquiere, ni ejerce ningún derecho por sí mismo, y no es más que el representante y el instrumento de la persona de quien depende: no puede tener a nadie bajo su poder. En una palabra, no tiene a nadie consigo, ni tiene otra personalidad que la del jefe de quien depende: su persona e, individualidad desaparece bajo la máscara que lo cubre, y se absorbe en otra persona.

Como podemos darnos cuenta al comenzar con este estudio, veremos situaciones completamente diferentes a lo que es hoy en día nuestra idea de la conformación de la familia. Conoceremos ideas completamente distintas a la imagen actual de la mujer en la sociedad, de los hijos y de sus derechos sobre el patrimonio, de las hijas y su libertad para contraer nupcias con la persona que libremente decidan.

Una vez hecho este breve comentario a lo que veremos a lo largo de este estudio, diremos que opuestamente a la Patria Potestad, la Tutela es una institución que tiene que ser declarada y discernida, es decir, constituida formalmente. Encontramos sus orígenes en el Derecho Romano; se origina del vocablo "TUERI", que quiere decir proteger, y Tutor en el Derecho Romano expresaba la persona que protegía, era el poder de éste sobre el pupilo, de "PUPUS", que quiere decir niño.

Las personas en la familia como ya mencionábamos al iniciar este trabajo, se dividían en alieni iuris y sui iuris, eran alieni iuris, aquellas personas que estaban sometidas a la autoridad de otra; y eran consideradas personas sui iuris aquellas que no tenían sobre sí ninguna otra autoridad, también recibían éstas, como ya dijimos, el nombre de Pater Familias, este título implicaba grandes ventajas y derechos, ya que el pater familias de principios de la civilización romana, tenía derechos de tipo religioso, ya que era considerado Sacerdote de la Sacra Privata, culto que se rendía a los antepasados para lograr su protección, en materia de derechos personales era amo absoluto de las personas que estaban sometidas a su autoridad, de tal modo, que podía a su antojo heredar o desheredar a los miembros de su familia, o aún a personas extrañas a la misma, por medio de la Emancipación podía excluir de su familia a cualquier

miembro de ella o por el contrario, a través de la adopción podía hacer entrar a la familia a un extraño, por último, tratándose de derechos patrimoniales, ejercía tal dominio que se le consideraba propietario absoluto de todo lo que adquiría él o sus familiares, de tal modo que éstos adquirirían única y exclusivamente para él y no podían vender sin su consentimiento.

Como podemos apreciar, tal situación resultaba del todo injusta, ya que el único que tenía un patrimonio propio era el pater familias, pudiendo disponer a su libre albedrío de éste y aún dejar en la pobreza a los demás miembros de la familia en su calidad de jefe de ésta.

Por familia, se entendía en Roma, cosa diferente de lo que entendemos en la actualidad por tal, toda vez que el término familia tenía varios significados:

La familia podía ser civil ó "Agnacio" y podía ser Natural o "Cognacio". He aquí en lo que consiste cada una:

La familia podía ser natural o Cognacio, y se encontraba constituida por personas descendientes unas de otras (Linea Directa), o descendientes de un autor común (Linea colateral), sin distinción de sexo, es por tanto, un parentesco que resulta de la misma naturaleza; en nuestro derecho y en general en el derecho civil de todos los países de la actualidad, éste parentesco es suficiente para

constituir la familia; pero en Roma sucedía de un modo diferente, los que tienen la calidad de Cognados, no representan la familia considerada como fuente de derechos y obligaciones, sino que son los Agnados o la familia civil quienes la representan. Esta estaba constituida como dijimos, por los agnados, los cuales representan un parentesco civil, que tiene como base la Autoridad Paternal o Marital y se puede decir que son los descendientes por vía de varones de un jefe de Familia común y colocados bajo su autoridad o que le estuvieren sometidos si aún viviera; la mujer no estaba comprendida dentro de la familia civil, sino cuando estaba casada In Manu, en relación con el pater familias.

El Derecho Civil Romano, concedía importantes prerrogativas a los Agnados, que componen solos la familia natural o cognacio, no tenía ningún derecho, salvo en ausencia de la familia civil.

Con el transcurso del tiempo los Cognados tuvieron igualdad de derechos que los Agnados.

2.- TUTELA ROMANA

Las personas sui iuris, son en el derecho romano, como lo hemos visto, aquéllas sobre las cuales no gravita autoridad alguna ni están sometidas a ninguna potestad, sino

que dependen de ellas mismas, sin embargo es necesario hacer una distinción entre las personas capaces que son aquellas que pueden disfrutar de su libertad y los incapaces, que son por el contrario las que no pueden disfrutar de ésta y que el Estado Romano protegía dándoles un tutor.

Servio Sulpicio, contemporáneo de Cicerón, definió la tutela del siguiente modo: "Es un poder dado y permitido por el Derecho Civil sobre una cabeza libre, para proteger a quien a causa de su edad, no puede defenderse por sí mismo". (*1).

Todo ser humano que reuniera las cualidades de libertad, ciudadanía y de ser sui iuris, era una "Persona", para el derecho romano. Podía ser titular de derechos y sujeto pasivo de obligaciones, pero no siempre podía ejercer aquellos. Además, se consideraba en Roma que era prudente colocar bajo cierta vigilancia a la mujer sui iuris, aún después de que llegara a la pubertad. Tales personas, total o parcialmente incapaces, fueron puestas bajo la protección de tutores.

La tutela ha tenido un largo desarrollo histórico; y la figura que encontramos al final de este desenvolvimiento nos muestra perfiles completamente

(1).- EUGENE PETIT, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, PAGINA 125.

distintos de los iniciales. Nació como un poder establecido en interés de la familia del pupilo, auténtica propietaria de los bienes de éste, según el sentimiento jurídico primitivo de tantos pueblos antiguos, siempre inclinados a la idea de una copropiedad familiar. De ahí la íntima relación entre la sucesión y la tutela.

Poco a poco, se convierte ésta en un cargo establecido en beneficio del pupilo. De un derecho del tutor, un poder jurídico, un *munus*, pasa a ser un *onus*, una molesta obligación a la cual el nombrado puede sólo sustraerse alegando y comprobando una causa de dispensa.

Desde estos tiempos podemos apreciar, como el cargo del tutor no implica ningún beneficio personal, y sí muchas contrariedades ya que además de ser una persona que tiene que responsabilizarse de otra, todavía esta la desventaja de estar siendo vigilado como si él hubiese solicitado el cargo para obtener beneficios personales.

3.- SUJETOS DE LA TUTELA

La tutela recaía sobre los impúberos *sui Iuris* de uno y otro sexo, por razón de edad y sobre las mujeres *sui Iuris* por razón de sexo.

Dado el carácter del poder paterno en la legislación romana, según se ha expuesto en puntos

anteriores, las personas caían por necesidad bajo la clasificación de sui iuris y alieni iuris, correspondiendo el título de sui iuris a todas aquéllas que han salido de la autoridad paterna por medio de la mancipio o que han nacido sui iuris, por alguna razón, de aquí se sigue que, pudiendo ser sui iuris aún los hijos menores de edad, ya que podían nacer independientes de todo poder doméstico, era preciso que aquella misma proveyese a la incapacidad proveniente de la edad, con lo cual se remediaría la extraña situación de los menores de edad, sui iuris y aún decorados con el nombre de pater familias.

"El derecho romano, siguiendo paso a paso la marcha de la naturaleza, había formado una escala de edad y variado la capacidad, lo mismo que los medios de protección por grados sucesivos"(*2)

Retoman los romanos los conceptos de la infancia o infans, para todos aquellos que se encuentran hasta los siete años de edad.

Posteriormente va a tomar en consideración la edad posterior a la infancia, y que abarca hasta la pubertad. Sin embargo para efectuar los actos de derecho civil no tiene todavía la facultad o personalidad que este derecho exige,

(2).- ORTOLAN , TRATADO DE DERECHO ROMANO, INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO, PAGINA 43.

la del ciudadano púbero. Para que en él se muestre esta personalidad, para completar lo que bajo este aspecto le falta, si es sui iuris, otro ciudadano púbero, tutor suyo, se asociará a él y completará su persona.

Considera también la pubertad, el principio de cuyo período es igualmente indeterminado, siguiendo el desarrollo corporal de cada persona, y que se fija en un hecho material, cual es la aptitud para la generación.

Por todo lo que precede, se ve que la capacidad de las personas, es decir, su aptitud legal, ya sea para los derechos considerados en sí mismos, ya para su ejercicio, depende de un gran número de combinaciones, experimenta el influjo de un gran número de circunstancias y se divide en muchos grados.

En los casos que la ley reconoce o establece una incapacidad para el ejercicio de los derechos, debe dispensar una protección jurídica: éste es un principio de humanidad. Pero en su origen el derecho civil de los romanos se dirigía por otro distinto. La propiedad se hallaba concentrada en cada agregación de familia: era preciso impedir la pérdida del patrimonio de la agregación: a los individuos, pues, que formaban parte de ella se confiaba el encargo, tanto de defender su derecho, cuanto de proteger al incapaz. Posteriormente, cuando pasó el derecho al estado filosófico, se hizo dominante la idea de producción.

Así, a la cuestión del sexo, de la edad y de las alteraciones, se asocian la teoría de la tutela. Esto se entiende sólo para las personas sui iuris, porque las que se hallan en poder de otro no necesitan siendo propiedad del jefe de familia, de ninguna otra protección.

La tutela tiene lugar por causas generales de incapacidad, que hacen que la personalidad exigida por el derecho civil para la realización de los actos jurídicos sólo exista con imperfección (estas causas eran la edad de impúbertad y en otros tiempos el sexo femenino).

A pesar de que este estudio nos puede resultar un tanto agotador, he preferido retomar varias veces el tema de los diferentes estados por los que una persona puede necesitar de un tutor, y de los principales motivos de edad en que se encuadra cada uno de ellos por lo que continuaremos recalcando la importancia que tenía el ser mujer, varón infante, o en el estado de pubertad y otros que a continuación mencionaremos.

En cuanto a la tutela de las mujeres sui iuris púberes, la razón de que sobre ellas recayese la tutela, se debe, según la generalidad de los tratadistas de Derecho Romano, a la ligereza de carácter e inexperiencia de los negocios.

Gayo, nos dice que "La tutela tiene por objeto tratándose de la mujer, impedir que pueda hacer

enajenaciones entre vivos o testar en perjuicio de las personas que deben heredarla Ab Intestato". (*3)

Incapaces por razones de edad, eran los infans, como ya dijimos anteriormente, hasta la edad de siete años; el impúber, entre los siete años y el comienzo de la capacidad sexual, es decir, hasta la edad de doce años para las muchachas y de catorce años para los muchachos; y, finalmente, el minor viginti quinque annis, entre el comienzo de la pubertad y los veinticinco años.

Infantes e impúberes, tenían un tutor que se designaba por testamento o por vía legítima. En este último caso se escogía al próximo agnado; o bien, a falta de las posibilidades de éstos, por nombramiento oficial, que hacía el pretor o los tribunus.

Justiniano, estableció a este respecto una distinción entre pupilos ricos y pobres, designando magistrados más importantes para otorgar la tutela dativa en caso de los primeros.

Este método de designar a los tutores se ha conservado en el derecho actual con la misma prelación establecida por Roma entre las tres formas. Podía haber también pluralidad de tutores, a fin de repartir la tarea,

(3).- EUGENE PETIT, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, PAGINA 140.

según la clase de determinados negocios.

En el caso del infans, el tutor debía realizar los actos jurídicos en los que el pupilo tenía interés, mediante la gestio negotiorum. En tal caso, las consecuencias de los actos respectivos repercutían en el patrimonio del tutor, ya que éste no tenía la representación directa del pupilo como en el derecho moderno. El tutor romano intervenía en los negocios del pupilo a nombre propio, aunque por cuenta del pupilo, y en el momento de la rendición de las cuentas de la tutela, cuando ésta terminaba, tenía el tutor que hacer los trasposos necesarios al patrimonio del ex-pupilo, y recibir los trasposos correspondientes a gastos hechos y deudas contraídas por él en el ejercicio de la gestio negotiorum.

Tratándose de un impúber, el tutor podía escoger entre la gestio negotiorum y la auctoritatis interpositio. En este último caso, el acto en cuestión se realizaba en presencia tanto del tutor como del pupilo. Este actuaba personalmente, y el acto producía sus efectos directamente en su propio patrimonio. Esta posibilidad de la interpositio auctoritatis, en caso de los pupilo de una edad que ya permite cierto juicio propio, es un gran acierto; permite preparar paulatinamente al pupilo para su futura gestión independiente. El derecho moderno persigue un fin semejante cuando exige que el pupilo mayor de dieciséis años sea consultado para los actos importantes relacionados con la

administración de su patrimonio.

Además, el impúber podía celebrar, sin auctoritatis interpositio, todos los negocios que mejoraran su posición; por ejemplo, aceptar un legado o una donación no onerosa. En cuanto a negocios bilaterales que imponían deberes al impúber, pero que también le otorgaban derechos, éstos eran claudicantes: los derechos conferidos al impúber eran exigibles por éste, pero sus deberes no tenían sanción procesal. Como tal situación no parecía muy justa, un recriptum Divi Fii Antonini hacía al impúber, en tales casos, plenamente responsable hasta del importe de su enriquecimiento, el cual podía ser muy inferior al importe que debía, según el contrato en cuestión.

En cuanto a la mujer, el antiguo derecho la colocaba bajo la tutela testamentaria, legítima o dativa, con la particularidad de que su padre podría permitirle, por testamento, que eligiera a su propio tutor.

Esto considero que fue de las innovaciones que más beneficio a la mujer, ya que al poder escoger voluntariamente a su tutor, tenía la posibilidad de encontrarse con una persona con la que se sintiera a gusto, y no presionada por la angustia de tener que convivir con una persona de su desagrado.

La alta calidad de la matrona romana, está en contradicción con este sistema de tutela. Gayo nos comunica

que el fundamento, alegado tradicionalmente, era la levitas animi de la mujer, pero tiene la cortesía de añadir que esta explicación es insincera. De todos modos, la intervención del tutor quedaba limitada a unos cuantos actos importantes, como la enajenación de una res mancipi, procesos, la conventio in manu y algunos más, y en caso de conflicto, el pretor podía obligar al tutor a dar su consentimiento. Augusto comienza a suprimir esta importante tutela, para recompensar a las "ingenuas" que hubieran dado tres hijos a la patria y a las libertas con cuatro.

4.- CLASES DE TUTELA

Desde el punto de vista de su origen,
la tutela se divide en:

TESTAMENTARIA.

LEGITIMA.

DATIVA.

Eugene Petit, en su obra Tratado Elemental de Derecho Romano, cita algunas clases de tutela que se dan en hipótesis especiales:

"La tutela legítima del patrono y sus hijos.-
Cuando un impúbero queda manumitido comienza una nueva

familia y no puede tener ni tutor Testamentario ni tutor Legítimo Agnado, y se le concede ésta a sus hijos".(*4)

"Tutela Legítima del Ascendiente Emancipador.- Esta tutela se dá a imitación de la del patrono, en efecto, el ascendiente emancipador que habiendo tenido cuidado de volver a emancipar al hijo, después de la tercera emancipación le manumite, representa el papel de un patrono, es pues tutor del emancipado impúbero y le dan, Honoris causa el título de Tutor Legítimo".(*5)

TUTELA TESTAMENTARIA.- Originalmente, era aquella que establecía el Pater Familias en su testamento, en el cual nombraba tutor a sus hijos o hijo, con posterioridad pudieron nombrar tutor testamentario la madre y hasta un extraño.

Este representa un gran avance, ya que al tener la madre posibilidad de nombrar tutor, resguardan todavía más los derechos de sus hijos, teniendo la seguridad de que al fallecer el padre, y con posterioridad la madre, siempre existirá alguien que se haga cargo de sus descendientes.

TUTELA LEGITIMA.- Era la que se reconocía a falta de un tutor testamentario y era ejercida por el Agnado más próximo. Se le llamaba legítima, porque el tutor era llamado

(4).- Op. cit. página 139, párrafo 108.

(5).- Op. cit. Página 139, Párrafo 108.

por la ley representada por algún Magistrado.

Aquí, podemos observar como para ejercer la tutela de una persona necesitada de ella, al no existir tutor designado por los padres, se le llamaba a alguno de los considerados "familia" para que se hiciera cargo de la situación y no estuviera en estado indefenso el pupilo.

TUTELA DATIVA.- Posteriormente, cuando la gentilidad cayó en desuso se preocuparon de llenar éste vacío, asegurando un tutor al impúbero que no tenía Agnados.

Esto es, cuando las excusas de los parientes llegan a tal grado que, era más fácil nombrar a un tutor extraño, que conseguir que el Agnado más próximo del impúbero quisiera ejercer la tutela de éste.

5.- E X T I N C I Ó N

En tiempos de las XII Tablas, el tutor deshonrado, tenía que contar con el riesgo de ser acusado del crimen suspecti tutoris, acusación infamante que cualquier ciudadano podía presentar, si sospechaba un fraude cometido por un tutor en perjuicio de su pupilo. Además de esta sanción, al ex-pupilo mismo le correspondía una actio de rationibus distrahendis para obtener una indemnización del doble del daño sufrido por culpa del tutor.

Por intervención del tutor se añadían a éstas

garantías la *in integrum restitutio*, para la anulación de negocios fraudulentamente celebrados por el tutor en perjuicio del pupilo, y la *actio negotiorum gestorum*, en caso de perjuicios sufridos por el pupilo a causa de la torpeza del tutor, sin que éste hubiera cometido un acto deshonoroso.

Además, encontramos una *actio tutelae*, de carácter general. Con todas estas medidas procesales, creadas a favor del pupilo, éste recibía una protección regresiva bastante eficaz, con la importante limitación de que el tutor respondía de su culpa inconcreto. Pero, además, se construía un sistema de medidas preventivas en beneficio del pupilo.

En el mismo sentido preventivo, encontramos que, contrariamente a lo que sucede en el derecho moderno, el tutor romano sólo podía ocuparse de cuestiones patrimoniales, sin poder intervenir en asuntos que se relacionaran con la salud o educación de su pupilo, el cual no tenía que vivir necesariamente en casa del tutor. Generalmente, vivía con su madre, que, pertenece a las medidas preventivas la prohibición de que el tutor celebrara un matrimonio justo con su pupila, sin liquidar previamente las cuentas de la tutela.

La tutela de infantes o impúberes, termina con la muerte, la pérdida de la libertad o de la ciudadanía, la *adrogatio* o el matrimonio con *manu*, por parte de la persona

incapaz; y, asimismo, se extinguía cuando ésta llegaba a la pubertad. Se cambiaba al tutor en caso de muerte o capitis diminutio de éste, y también cuando presentaba una excusa válida o se comprobaba que había cometido el crimen suspecti tutoris.

Al terminar la tutela, el tutor rendía cuentas y se ajustaba la relación financiera entre el tutor y el pupilo, mediante un traspaso del saldo que el uno debía al otro. Si el tutor estaba en deuda con el pupilo, éste disponía de la actio tutelae (directa), pero si el saldo era favorable al tutor, éste podía ejercer la actio tutelae contraria.

LEGISLACION MEXICANA

Anterior al Código de 1870, no existió propiamente una legislación que pudiéramos llamar Mexicana, sino una recopilación de Leyes de Indias y posteriormente una recopilación novísima de las mismas, por tanto se encontraban vigentes en México, las Leyes de Partidas, base y contenido de las recopilaciones antes citadas, adicionadas con Leyes, Decretos y Circulares expedidos por Presidentes, Gobernadores y Comandantes, por tanto, al tratar de exponer las normas que regían en materia de tutela, anteriores al Código de 1870, nos referimos a las Leyes de Partidas, ya que la legislación vigente era un caos sin mucho orden ni

concierto.

La Tutela, según estas normas, es del número de aquellas cosas consideradas en general y en el abstracto, son de derecho de gentes, más especialmente y en concreto son de derecho civil, pues conforme al derecho natural que la ignorancia de la edad primaria se guía por la prudencia y voluntad de otra más experimentada, lo que sin duda está en observancia en todas las Naciones, más, la forma de esa tutela, la cualidad de la persona del tutor, el modo de contraerla y los límites de la potestad que tiene, son de Derecho Civil, según lo que cada de las Ciudades estableciere.

Existían las tres clases o formas de tutela que en la actualidad existen a saber. Que la ley de relaciones familiares clasificaba de la siguiente manera:

La Testamentaria, La Legítima y La Dativa.

La tutela testamentaria, es aquella en la que el padre establece un testamento, toda vez que la madre no tenía ese derecho en las primeras legislaciones, salvo cuando dejaba herencia a sus hijos y aún en este caso el tutor no podía administrar la herencia sin habersele confirmado el nombramiento por el Juez del lugar en donde existieran los bienes, esta tutela se daba a los hombres menores de catorce años y a las mujeres menores de doce años, por el padre, siempre y cuando fuesen legítimos, pues en el caso de ser

de categoría diferente se exigía la confirmación del Juez, el tutor así instituido se llamaba tutor Testamentario.

La tutela Legítima, se otorgaba a los parientes próximos del huérfano, numerándose en primer lugar al abuelo o abuela, caso único en que se dispensaba que la mujer fuese tutora, siempre y cuando no se casara y renunciara al privilegio de no poder obligarse por otro, o siendo tutora se casase o cayese en el segundo caso, el pariente próximo deberá pedir la tutela y en todos los demás casos deberá confirmarse por el Juez.

La Tutela Dativa, no existiendo o no habiendo tutor testamentario ni queriendo la madre o abuela ni algún otro pariente recibirse del menor huérfano y bienes, el Juez debe proveer de tutor a éste, nombrando al que creyese conveniente para tal ejercicio, el tutor así nombrado se llama dativo, en este caso cualquier persona podía pedir tutor para el huérfano ocurriendo al juez del domicilio del pupilo o al lugar donde estuviere la mayor parte de sus bienes.

Para ser tutor se necesitaba que dicha persona estuviere capacitada, de tal modo que los sordomudos, desmemoriados, pródigos, locos, las mujeres, los menores de edad, los obispos, los religiosos, eclesiásticos, aunque estos últimos podían obtener la tutela legítima, los deudores del menor y los administradores de rentas, no

estaban facultados.

El tutor debía dar fianza, prestar juramento del bien cumplido y hacer inventario, la fianza consistía en hallar persona honorable, que se constituya en fiador del tutor, a efecto de que el menor no resultase perjudicado por la administración del tutor, el inventario debía efectuarse en el lapso de tiempo más corto, sin especificar cual era éste, y en presencia del escribano.

Puesto el tutor en el ejercicio de su cargo, debía educar al pupilo, alimentarlo y cuidar sus bienes, no podía enajenar sus bienes raíces sin obtener una licencia judicial, asimismo, tenía la obligación de representar al menor en todos sus juicios.

La tutela terminaba por llegar el menor a la pubertad, por muerte de uno o de otro, por cumplirse cualquier condición impuesta, por muerte civil de uno o de otro o por destierro, terminada la tutela debía rendir cuentas él, sus herederos o el fiador y sus herederos en caso de que hubiese salido perjudicado el menor.

Excusa, era la manifestación del tutor nombrado, para no hacerse cargo del menor y de sus bienes y consistían en: Tener cinco hijos vivos o muertos en servicio de la patria, ser recaudador de impuestos, el que por mandato de la Nación tuviere necesidad de ausentarse a un lugar distante del destinado a ejercitar la tutela, el que tuviere

pleito con el menor sobre sus bienes o la mayor parte de ellos, el que tuviere a su cargo tres tutelas, el que estuviere enfermo de mal incurable, el que sostuviere su vida con el trabajo de sus manos y fuese pobre, el que no supiese leer ni escribir y fuere tan necio que no se atreviera a recibir la guarda, el que hubiere tenido enemistad con el padre y el que tuviere setenta años o fuese menor de veinticinco.

Estas excusas debían ser presentadas dentro de los cincuenta días siguientes a partir del conocimiento como tutor, aumentando éste plazo por razón de la distancia, si el Juez admitía la excusa, no había problema, en caso contrario, podía apelar pero si el nombramiento era confirmado no sólo debía tomar posesión, sino que además pagaba los daños y perjuicios ocasionados con su actitud.

Como podemos apreciar, después del análisis minucioso de las características de la tutela en estos tiempos, el menor tutelado, tenía más derechos que las obligaciones que forzosamente tenía que aguantar el tutor al ejercer un cargo que de ninguna manera había solicitado por voluntad propia. Sus obligaciones eran tales, que más era una carga el ejercer la tutela que una satisfacción. Podía ser requerido en cualquier momento para entregar cuentas de su actuación, y sin ser un cargo favorable, todavía tenía que otorgar una fianza en algunos casos bastante elevada

para ejercer un cargo que en la mayoría de los casos no deseaba. Por lo que en la mayoría de los casos, ejercer la tutela, sólo representaba tener más problemas.

CÓDIGOS DE 1870 Y 1884

Dada la semejanza de la Institución tutelar en ambos Códigos, se presentan simultáneamente, anotando en lo posible las diferencias existentes, sin embargo es el Código de 1870, el primero que finca a la institución tutelar, las bases que aún en la actualidad sustenta salvo algunas diferencias motivadas por el avance general de la evolución social.

Artículo 430 del Código de 1870,...." 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, sólo la segunda, para gobernarse por sí mismos...." El Código de 1884, adicionó ésta definición en los siguientes términos..."La tutela puede tener también por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la Ley...".

Algunos autores se manifiestan desdefiosos ante ésta, aduciendo, no sin razón, que la tutela interina está comprendida dentro de la definición del Código de 1870, y que a mayor abundamiento distintos preceptos del mismo

ordenamiento lo prueban; no obstante lo anterior, todo lo que aclare algo de una manera más precisa, no debe ser calificado desdeñosamente, pues en extremo, es un adelanto para la mayor comprensión y entendimiento, lo cual da como resultado, una práctica más fácil.

Artículo 438 del Código de 1870, y 411 del de 1884.

"La tutela es un cargo personal, del que ninguno puede eximirse sino por causa legítima".

De acuerdo con la definición de tutela, ésta recae sobre las personas que tienen incapacidad natural o legal o sólo la segunda, ambos códigos se muestran de acuerdo, en considerar que:

Que tienen incapacidad legal y natural:

Los menores de edad, emancipados, los mayores de edad privados de la inteligencia, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos. Los sordomudos que no saben leer ni escribir.

La tienen sólo legal:

Los pródigos declarados conforme a las leyes.

Los menores de edad legalmente emancipados, para los negocios jurídicos.

El Código de 1884, no aceptaba la prodigalidad y por tanto se suprimió la parte primera del artículo 405.

Fue el código de 1870, quien primero fijó dentro de nuestra legislación las bases para el cabal cumplimiento de

la tutela, que sirven de cimiento incluso para otras legislaciones.

Como la tutela es una restricción al ejercicio de la libertad de las personas, no puede otorgarse sin que previamente se llenen las formalidades que exige la Ley, al respecto ambos códigos estatuyen:

"Ninguna tutela puede referirse sin que previamente se declare en juicio el estado de la persona que va a quedar sujeta a ella".

La interdicción o estado especial de estas personas, puede definirse diciendo "Que es la situación de ciertas personas que no pudiendo administrar sus bienes ni encaminar sus vidas, les son impuestas otras, con la obligación de encaminar sus vidas y cuidar sus bienes".

Se llama tutela testamentaria a la deferida por medio de testamento, los que ejercen la patria potestad, aunque sean menores, tienen derecho de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejercitan con la incisión del desheredado y del póstumo. El Código de 1884 no hace esta última distinción.

Los hijos póstumos, son considerados como nacidos para los efectos del nombramiento de tutor, en este sentido son acordes los dos códigos.

Ambos códigos son acordes también en considerar que determinadas personas tienen el derecho de nombrar tutor a

personas que no están bajo su patria potestad, cuando dejan manda de importancia, sea por herencia o por legado, pero sólo como administrador de los bienes que deja.

Asimismo, cuando el padre ejerce la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario, si la madre ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela.

Se llama tutela legítima a aquella para cuyo desempeño llama la ley a los parientes más próximos, en los casos en que no hay tutor testamentario, tanto el código de 1870 como el de 1884, coinciden en este aspecto y demás relativos a la tutela legítima, ésta tiene lugar cuando:

Existe suspensión o pérdida de la patria potestad o impedimento del que deba ejercerla.

Quando no haya tutor testamentario.

Quando deba nombrarse tutor por causa de divorcio, (Artículo 545 del Código de 1884).

El ejercicio de la tutela legítima corresponde:

A los hermanos varones, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas.

Por falta o incapacidad de los hermanos, a los tíos, hermanos del padre o de la madre.

Si hubieren varios hermanos de igual vínculo o varios de igual grado, el Juez elegirá entre ellos el que le parezca más apto para el cargo.

Es de hacerse notar que en estos Códigos, quedó abolido el cargo de tutores para la madre o abuela, toda vez que se les confirió el ejercicio de la patria potestad, quedando de ésta manera el antiguo problema proveniente de los requisitos impuestos a la madre y a la abuela: Esto es, que prometieran al juez no casarse durante la tutela, renuncia al derecho de prestar fianza, lo que traía como consecuencia la desconfianza de los que trataran con ellas en su calidad de tutoras, pues no eran responsables totalmente.

La tutela dativa tenía lugar según ambos Códigos a falta de tutor testamentario o de parientes llamados a ejercer la tutela legítima, si el menor es mayor de catorce años, él mismo escogerá tutor, quien deberá ser confirmado por el juez, si es menor de catorce años, el Juez lo nombrará. Siempre será dativa la tutela dada para asuntos judiciales del menor de edad emancipado, en el Código de 1884, se impuso una restricción al menor de edad emancipado, consistente en la prohibición de enajenar o gravar sus bienes raíces sin autorización judicial.

Se señala en ambos códigos que tenían incapacidad para ejercer el cargo de tutores los siguientes:

Las mujeres (con excepción de los casos en que el marido fuera incapaz o tratándose de sus hijos).

Los menores de edad.

Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela.

Los que hayan sido removidos de otra tutela por no caucionar, por malos manejos o por que se haya casado con su pupila.

Los que por sentencia que cause ejecutoria, hayan sido condenados a la privación de éste cargo o a la inhabilitación para obtenerla.

Los que no tengan oficio ni modo de vivir conocido.

Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el menor.

Los deudores del menor en cantidad considerable a juicio de juez, a no ser que el que nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda.

Los jueces que tengan jurisdicción en el lugar en donde se hallen el menor y sus bienes.

El extranjero que no este domiciliado en el Distrito.

Los empleados Públicos de la Hacienda, que por razón de sus destinos tengan responsabilidad pecuniaria, o la hayan tenido y no la hubieren cubierto.

Con esto terminamos el estudio correspondiente a los antecedentes históricos de la tutela, resaltando el hecho de la gran evolución que ha sufrido al través del tiempo, mejorando cada vez más a favor de los derechos del pupilo, así como de la mujer en general, ya sea cuando es

tutelada, como cuando ejerce la misma.

Asimismo, debemos reconocer que en estos códigos es de donde se tomaron las bases para nuestra legislación de 1928, y reconoceremos que han sido relevantes las modificaciones que ha sufrido sí, pero debido no sólo a la evolución jurídica lisa y llana, sino a la gran evolución que sufre nuestro mundo, y a los graves problemas que hoy en día envuelven a nuestra sociedad.

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PATRIA POTESTAD

1.- LA PATRIA POTESTAD EN ROMA

Es digno de considerarse el cuadro que representa la degradación de la familia romana, de la familia civil y su inclinación hacia la familia natural, la familia de sangre.

"La gentilidad viene a caer en desuso y acaba por llegar a ser un misterio. El nexum y la addictio del hombre libre se ocultan: la manus y el mancipium desaparecen, y quedan únicamente como ficciones para eludir ciertos rigores del antiguo derecho. En tiempo de Justiniano no se trataba ya de esto, y hasta el descubrimiento de la Instituta de Gayo, teníamos de ello una noción errónea. La patria potestad experimentó toda especie de limitaciones, tanto con relación a los bienes, cuanto con relación a las personas: el hijo de familia recibió una capacidad o aptitud, y después una propiedad suya; su persona quedó constituida. Sin embargo, el pretor se declara por los parientes de sangre, los cognados: en sus Instituciones se inclina a darles cada vez más derechos de familia; senado-consultos,

Constituciones imperiales y la legislación de Justiniano cooperan á este objeto: por medio de las Novelas de éste emperador casi desaparecen totalmente las huellas de la familia romana y sus antiguos efectos. Así quedaron como borradas sucesivamente, primero la familia política, después la familia religiosa y en seguida la familia del derecho civil privado; sólo se conservó la familia natural".(*1)

Se sabe que la patria potestad en el derecho antiguo, significaba un privilegio, una facultad y aún más que eso, un poder a favor del padre que la ejercía y en casi todas las legislaciones primitivas, revestía un carácter despótico que entrañaba un arbitrio de vida o muerte sobre las personas sujetas a ella. Dicho concepto original, con el transcurso del tiempo, fue suavizándose y se fue convirtiendo, de una autoridad absoluta ejercitada en forma de dictadura, en una Institución de protección y beneficio hacia los sometidos, los cuales a su vez fueron reduciéndose de toda una tribu o familia, para quedar únicamente restringido, su grado de aplicación , a los hijos exclusivamente; rigiéndolos desde el momento de su nacimiento hasta lograr la mayoría de edad, momento en que debe terminar automáticamente, la potestad que sobre ellos

(1).- ORTOLAN, TRATADO DE DERECHO ROMANO, INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO, PAGINA 34.

se detenta. Ya en las legislaciones que reconocen esta figura jurídica como una Institución que tiende al bienestar del descendiente, debe cesar cuando ya no sea ésta, medio necesario para conseguir dicho fin; pues el descendiente ya podrá bastarse por sí mismo, sin necesidad de la protección paterna que lo tuteló en su minoridad.

Así, vemos que lo que caracteriza a la familia en la época romana, es su inconfundible rasgo sobresaliente del régimen patriarcal, consistente en la soberanía del padre, quien como dueño de las personas colocadas bajo su autoridad, lo mismo podía excluir a un descendiente, que hacer ingresar a un extraño al seno de la familia, haciendo operar indistintamente dos clase de Instituciones, la emancipación por un lado y la adopción por otro.

Es más, en Roma, y por virtud del carácter singular de su organización familiar y de los vínculos de agnación, la Patria Potestad se ejercía no solamente sobre los menores, sino sobre cuantas personas constituían la familia, fuesen mayores o menores y sólo el pater familias era el señor, dueño absoluto de vidas y haciendas.

Para poder delimitar y entender perfectamente la materia que nos ocupa, debemos hacer notar que los individuos en el derecho romano, se dividían en dos clases de personas: Alieni Iuris y Sui Iuris.

Se llaman alieni iuris a las personas sometidas a

la voluntad o autoridad de otra, y se les llama Sui iuris a aquellas personas que no dependen de la voluntad de nadie sino de la propia, y son los pater familias o jefe de familia; este título implica el derecho de tener un patrimonio y de ejercer sobre todos los miembros de su familia su potestad.

En la familia romana por lo tanto hay un solo jefe que rige de modo soberano a las personas libres que están sometidas al poder de éste. Estas personas son descendientes inmediatos o mediatos del pater familias; sin embargo, se puede ser pater familias sin tener persona alguna sometida a su poder.

El derecho quiritarario tuvo criterio rígido que fue atenuándose en el derecho romano imperial. Este derecho no reconoce una potestad de los padres sino sólo una potestad del padre; la potestad de la madre no podrá desenvolverse en el antiguo matrimonio romano por cuanto que la madre se hallaba agrupada a sus propios hijos, en la cuasi patria potestad del padre.

La patria potestad es el poder jurídico pleno del jefe de familia sobre los hijos, hijo de hijos, y así sucesivamente.

La situación jurídica del hijo sometido a la potestad paterna difiere a la del esclavo sujeto a su dueño, en que éste es considerado legalmente como una res (cosa), y

el hijo en cambio, es una persona cuya situación de sumisión al paterfamilias, se dá mientras éste viva, pero cesa tan pronto muere el paterfamilias, aunque en el ámbito del derecho privado, la situación del esclavo y la del hijo de familia son casi idénticas.

"La potestad paternal sobre los descendientes que forman parte de la familia civil, no es como la autoridad del señor, una institución del derecho de gentes; es de derecho civil y no puede ejercerse más que por un Ciudadano Romano sobre su hijo también Ciudadano". (*2)

La patria potestad, era originalmente, una potestad sobre la vida y la muerte del hijo, el padre podía dar a su hijo en noxa a la víctima de un delito cometido por él o sea tiene el derecho de noxa e-dedito. Más tarde cuando la persona que había sufrido el daño tuvo al hijo causante del mismo, en calidad de mancipium, el tiempo suficiente para resarcirse, mediante su utilización, del perjuicio sufrido era obligado a emanciparlo.

Hacia el fin del Siglo XI de nuestra era, los poderes del jefe de familia se redujeron a un sencillo derecho de corrección; en efecto, aunque podía castigar las faltas leves, tratándose de hechos de tal naturaleza que

(2).- EUGENE PETIT, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, PAGINA 101.

arrastrase a la pena de muerte, no podían hacerlo por sí solos; ya que tenían que hacer la acusación delante de un Magistrado, por ser el único con facultad a pronunciar sentencia de ese grado.

De lo anteriormente apuntado, se infiere o deduce, que tanto en el aspecto humano como en el material, la institución de la patria potestad fue reglamentada y experimento los cambios y modificaciones anotadas, y se le llegó a considerar un derecho titular, no teniendo ya como finalidad el beneficio del paterfamilias, sino la protección de los hijos sujetos a ésta.

Por lo que se refiere a la venta del hijo, el padre podía cederle a un tercero su autoridad y sus derechos sobre el mismo, a título oneroso; por regla general el padre enajenaba al hijo en un momento de miseria, y en un precio efectivo, ejecutando una verdadera venta.

Es indudable que el hijo no era un bien, como los esclavos, pero si un instrumento de adquisición, teniendo el valor que sus servicios pudieran prestar, comprometiéndose la persona que lo adquiría a libertarle al cabo de un tiempo determinado, pero si se rehusaba, el censor podía anular el mancipium, quedando el hijo nuevamente bajo la autoridad paternal.

La Ley de las Doce Tablas, estableció en forma muy sabia, que el hijo emancipado por tres ocasiones, lo

convertían en libre, dejándolo fuera de la autoridad paterna.

Desde el punto de vista patrimonial, el hijo no podía primitivamente, ser titular de derechos y sólo se le consideraba como un instrumento de adquisición de bienes y productos en favor del padre que por ley era el dueño absoluto de esos bienes. Todo lo que el hijo adquiría se entendía adquirido por el padre; pero las deudas adquiridas por el hijo en nada afectaban el patrimonio del padre. Sin embargo, en la familia sólo existe un patrimonio, cuyo jefe es el amo absoluto, y los hijos tenían un derecho de copropiedad sobre los bienes con que han contribuido a aumentar ese acervo familiar, durante la vida del jefe, pero a su muerte pasaban entonces a ser propietarios absolutos de ellos a título de herencia.

Por otra parte la regla por la cual los hijos de familia no podían tener nada en propiedad, se modificó en el bajo imperio, en el que ciertas adquisiciones les fueron permitiendo obtener, otorgándoles la absoluta propiedad de las mismas. Además, también entró a su peculio personal las cosas que el padre le daba para su utilidad particular y que constituye para el menor un peculio, semejante al que se le concedía al esclavo. Esta innovación en beneficio del sometido a la patria potestad creó la institución del peculio sometido, lo que vino a aminorar la incapacidad del

mismo para poseer.

El peculio profecticio, fue el primero que existió, y consistía en considerar todos los bienes adquiridos por el hijo como propiedad absoluta del paterfamilias siendo el hijo sólo un administrador o representante de dichos bienes.

Existió el peculio adventicio, en que la propiedad correspondía al hijo, y el padre sólo tenía derecho al usufructo, durante su vida, pero podía gozar y administrarlo libremente, sin obligación de caucionar su manejo, ni siquiera de hacer inventario, pues se consideraba, como suficiente garantía de una buena administración, el natural amor del padre hacia los hijos.

Por último, el peculio castrense, era el obtenido por el hijo en el servicio militar, del cual tenía derecho de disponer, si moría, por testamento, pero si el hijo moría ab-intestato, se presumía que el peculio había pertenecido siempre al padre en virtud de su autoridad doméstica, también pertenecía a este peculio los bienes adquiridos por el hijo en la Corte, ya fuesen frutos de sus economías o de las mismas donaciones imperiales, igualmente corresponden los honorarios o sueldos como asesor, abogado, etc. Sobre estos bienes tiene el hijo un completo dominio que lo asimila al paterfamilias; es propietario y administrador, no necesita para nada el consentimiento paterno y con capacidad plena y entera para contratar.

Las justas nupcias, son desde luego, la fuente principal de la potestad paterna, ya que normalmente, se adquiere por la concepción del hijo en matrimonio legítimo. En el momento de nacer, estos hijos caen bajo la patria potestad del padre y entran a formar parte de la familia civil de este, o si el padre es, a su vez, hijo de familia, quedan sometidos a la potestad de quien es el jefe de la familia, en cambio, con la madre sólo existe un lazo natural de cognación.

Los hijos procreados en justas nupcias, son los hijos legítimos del matrimonio y entran a la patria potestad del padre; no así los hijos ilegítimos, que no entraban a la familia del padre y por lo mismo a su poder. Igualmente, no pasaban a la potestad del padre, los descendientes nacidos de matrimonio *iuris-gentium*, que es cuando aún habiendo contraído matrimonio los cónyuges, uno de ellos o los dos son peregrinos (extranjeros), y por tal motivo no tenían el derecho a celebrar justas nupcias, pero esa incapacidad de ejercicio de la patria potestad, desaparece al adquirir la ciudadanía, adquiriéndola también automáticamente los hijos de ese matrimonio.

La legitimación en Roma, se empleaba en el sentido de hacer legítimo lo que no lo era, y más concretamente, hacer legítimos a los hijos nacidos fuera de matrimonio. La legitimación en el derecho romano indica ciertos medios por

virtud de los cuales los emperadores cristianos, para favorecer las uniones irregulares, permitían al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos naturales nacidos del concubinato, mediante la subsiguiente legitimación, obteniendo por este medio la consideración jurídica de hijos legítimos.

El hijo está en una situación bastante superior a la del esclavo en cuanto a la personalidad propia que le reconoce el derecho civil; en virtud de su capacidad personal, puede también figurar en los actos jurídicos, obligándose además civilmente tanto por sus contratos como por sus delitos.

La autoridad paterna no surte ningún efecto sobre la condición social del hijo de familia, pues disfruta de los derechos políticos y puede ocupar cargos públicos que le confieran sin necesidad de la autorización paternal. También el derecho pretorio admitió que el hijo pudiese ejercitar la acción de injurias cuando la ofensa que recibió no hubiese podido ser vengada por el padre, por hallarse éste ausente; ya que el derecho civil no permitía al hijo ser autor en causa propia. La jurisprudencia le permitió también ejercitar la acción que corresponde al patrono contra el liberto, cuando el liberto demanda al patrono sin obtener la previa autorización del magistrado; puede también usar medios procesales urgentes con el interdicto.

El pater familias, dueño absoluto de derechos en esta época, no sólo ejercía su poder en relación a sus hijos sino en relación con todos los miembros que integraban su familia y sobre todo sobre la mujer que está en una condición análoga a la de una hija más e incluso, también, tenía sobre ella la facultad de vida y muerte, que fue derogado por la Ley Juliana; es obvio por lo tanto, que la madre no compartía la patria potestad sobre sus hijos, limitándose su papel al de atender al hogar y a influir con cariño y ternura en la educación de los hijos sometida de por vida al poder de su marido, y aún al morir éste, no quedaba liberada como los hijos, en su caso, era necesario nombrarle un tutor ya fuere testamentario por el propio marido o legítimo por el magistrado competente.

Tampoco daban ellas su consentimiento para que sus descendientes contrajeran nupcias.

Otra forma de legitimación, era la llamada "Ablación a la Curia", la que define Petit: "Era la autorización que se daba al padre de un hijo natural para que ofreciéndole en la curia natural de su villa, se convirtiera en agnado de su familia, aunque no entrara a la familia civil del padre, a las hijas se les legitimaba por este procedimiento, casándolas con un noble, y estaban encargadas de recaudar los impuestos, dándoles una dote igual al valor de la fortuna del hijo, que no podía ser

menor a veinticinco ganegas".(*3)

La adopción en un principio, nació como una necesidad entre la clase aristocrática en Roma, ya que al no tener descendencia, principalmente masculina, se tendía a extinguir el culto hacia la familia, se acababa el poder del pater familias sobre algún descendiente.

En la época de Justiniano, el padre natural no perdía la patria potestad en la adopción, sino que seguía conservándola y seguía inclusive, perteneciendo el hijo adoptado a su familia, a excepción de la adopción hecha a uno de los descendientes ya fuera materno o paterno, en cuyo caso si se operaba la transacción total de la adopción.

La adrogación, es la adopción de una persona sui juris, la que por su calidad de persona, atribuida de ciertas facultades que no tenía la alieni juris, era diferente al acto de la adopción, inclusive, en la adrogación, el sujeto causa de ella, era adquirido por el adrogante, con todas sus pertenencias aún cuando se tratara de sus hijos, siendo también los hijos adquiridos por el adrogante.

Generalmente, la patria potestad en esta era, no se extinguía, más que con la muerte del padre que la ostentaba; sin embargo, los tratadistas, especialistas en la materia,

(3). - Op. CITADA, PAGINA 119.

consideran que la patria potestad, podía extinguirse en dos formas: Ya fuera por un acto natural, o, por un acto voluntario.

El acto natural era, la muerte del padre que ejercía esos derechos y extraordinariamente también, con la muerte del hijo sobre el que se ejercían. Eran causas voluntarias la adopción y la adrogación.

La patria potestad, subsiste mientras vive el padre, y no se extingue ni por cumplir el hijo la mayoría de edad, ni porque contraiga matrimonio; solamente la hija, cuando contrae matrimonio y entonces es sometida al padre de su marido o al de quien tiene sobre el mismo la patria potestad, deja de estar sometida al poder paterno de su propia familia.

La muerte del paterfamilias, liberaba tan sólo a los sujetos inmediatamente a ella, convirtiéndolos de personas alieni iuris, en sui iuris, mientras que los sujetos sometidos en forma mediata, como los nietos, nacidos de los hijos, ingresan al ámbito paternal de sus padres.

Otra forma natural de terminación de la patria potestad, es la que se efectuaba, cuando el jefe de la familia junto con sus hijos caía en esclavitud; igualmente por la cautividad a que fuere sometido en condena ya fuere el padre o el descendiente, o por la pérdida de los derechos ciudadanos.

Quando el padre se encontraba cautivo, la suerte de los hijos, quedaba en suspenso.

Si vuelve del cautiverio, se admite, en virtud de la *jus postliminii*, que no han cesado nunca de estar bajo su autoridad y que los bienes adquiridos bajo ese intervalo, van a ingresar al patrimonio paterno. (*4)

El poder paterno acaba *ipso iuri*, en el derecho antiguo, cuando el hijo o la hija, adquieren la dignidad sacerdotal, y en la época de Justiniano, cuando el hijo, alcanza la jerarquía Episcopal o patriarcado, cuando es nombrado Patricio, Consúl, Perfecto del Cuestionario del Palacio.

En un principio el padre no podía dejar de ejercer la patria potestad sobre su hijo, aún contra su voluntad, que en muchas ocasiones se justificaba, que excepcionalmente como en los casos de que el sometido hubiere cometido algún delito, o ejecutado actos violatorios y rebeldes hacia su mismo padre, sin embargo ésta obligación impuesta al descendiente, fue aminorada y casi desechada, por un precepto establecido en las Doce Tablas, en el que disponía que el padre que vendía en tres ocasiones al hijo, perdía la patria potestad sobre el mismo. La simple *mancipatio* del hijo, extinguía la patria potestad, así cuando el padre

(4). - Op. CITADA, PAGINA 119.

quería liberarlo, podía emanciparlo ficticiamente a otro individuo de su confianza, hasta cumplir el requisito de las tres ventas, momento en que quedaba el hijo libre de la potestad paterna, por lo que el hijo en consecuencia de la tercera mancipatio quedaba en calidad de mancipium del hombre de confianza a quien lo vendía el padre natural.

Para la emancipación de hijos y nietos, bastaba con la sola emancipación, seguida de la manumisión que era una declaración pública vertida por el padre, la que era protocolizada efectuándose la extinción del dominio que se tenía sobre los sometidos. Era hasta cierto punto más fácil la emancipación de éstos.

"La emancipación tenía graves consecuencias para el emancipado. Una vez excluido de su familia civil, sufría una capitis diminutio, de donde resultaba para él, la pérdida de sus cualidades de agnado y gentilis, con los derechos de sucesión que conferían".(*5)

A grandes rasgos, hemos estudiado lo que fue la patria potestad en la era romana, dándonos cuenta de la injusticia existente en ese entonces, ya que al no tener derechos propios los hijos sobre su patrimonio, no podía disponer libremente de todos sus bienes, ni aún cuando éstos fuesen adquiridos por sucesión legítima, y las madres no

(5). - Op. CITADA, PAGINA 120.

tenían los mismos derechos que los padres para el ejercicio de la patria potestad, vemos como la patria potestad se puede decir que es vitalicia, ya que son pocas las circunstancias en que esta se pierde y la gran libertad que tiene el padre hasta de vender a su hijo en las ocasiones que lo necesite y que el único beneficio que gozará el hijo es de en algún momento poderse declarar emancipado.

2.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO

Están bajo ésta figura jurídica, los hijos menores de edad, ejercitándola por derecho, los padres en función de la relación de parentesco o filiación que efectivamente ésta subsiste hasta que se obtenga la mayoría de edad, pero entre tanto los medios de subsistencia que el menor requiera, los proporcionará en el caso que se plantea el ascendiente, además la patria potestad, implica el cuidar del menor, su conducta e inclusive se prevee el establecimiento de correctivos o medidas disciplinarias, terminando el ejercicio de la patria potestad con la mayoría de edad.

3.- C O D I G O C I V I L D E 1 8 7 0

Siendo Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, el Licenciado Benito Juárez, uno de los más grandes jurisconsultos que ha dado el pueblo mexicano, y que más honor ha dado a nuestra patria, se proclamó el

primer Código Civil Mexicano, con ideas propias y con una técnica jurídica muy avanzada para su tiempo que inclusive dejó a la zaga a las legislaciones europeas que habían regido en nuestro País y que inspiraron este ordenamiento jurisdiccional.

El cuerpo normativo de referencia se formuló en 1870; pero empezó a regir a partir del primero de marzo de 1871; consagrando su Título Octavo para tratar lo conducente a la patria potestad, dividiéndolo en tres capítulos que son los siguientes:

I.- De los efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos.

II.- De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo.

III.- De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

Ya desde el final de Título Séptimo, encontramos postulados, encaminados a regular ésta Institución, así vemos: que el artículo 383 expresa: El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho:

I.- A llevar el apellido del que lo reconoce;

II.- A ser alimentado por éste;

III.- A percibir la porción hereditaria que le señala la Ley.

Ya entrando de lleno al título especial referente a

la patria potestad, el primer precepto de su Capítulo primero nos dice:

Artículo 389.- Los hijos cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

En el Código de las Partidas y los posteriores que rigieron en España, siguiendo literalmente las leyes romanas, quitaron a la madre la patria potestad que el Fuero Juzgo, le concedía. La ley actual, en la mayoría de los países le han ido concediendo a la mujer igualdad de derechos respecto de los hijos, y ésta legislación mexicana fue una de las primeras en reconocerlo.

Artículo 390.- Los hijos menores de edad, no emancipados están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponde aquélla según la ley.

Artículo 391.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos.

Ya desde hace casi un siglo nuestra legislación equiparó a los hijos naturales con los legítimos y aún en la actualidad existen leyes que no los consideran como sujetos a tal derecho.

Artículo 392.- La patria potestad se ejerce: Por el padre, por la madre, por el abuelo paterno, por el abuelo

materno, por la abuela paterna, por la abuela materna.

El espíritu que inspiró éste ordenamiento jurídico, no se contentó con las innovaciones antes expuestas sino que llendo más lejos, otorga a los abuelos la facultad de poder ejercer la patria potestad en caso de faltar los padres de los menores.

Mencionaremos algunos aspectos que se dan a conocer tanto de derecho como de opiniones de los organismos encargados de cuidar de los derechos de los menores y sus bienes.

La comisión redactora del Código Civil que examinamos, en su exposición de motivos nos dice: "Más no se contentó con este paso (el de dar igualdad de derechos a la madre y al padre), la comisión; sino que dando otro, declaró la patria potestad a los abuelos y abuelas. Contra los primeros sólo puede alegarse la edad; pero como se les concede facultad de renunciar a la patria potestad, es prudente creer que el abuelo que se considere ya incapaz de ejercer aquel derecho, lo renunciará en bien de sus descendientes. Respecto de las abuelas, militan las mismas razones que respecto de la madre y concurren las mismas circunstancias que en los abuelos. El pensamiento dominante de la Comisión en esta materia y en la de sucesiones, ha sido no introducir en los negocios domésticos a personas extrañas, sino cuando no se puede evitar; y como en ambos debe intervenir el Ministerio Público, creen que tienen los

menores las suficientes garantías. (*6)

Artículo 393.- Sólo por muerte, interdicción o ausencia del llamado preferente, entrará al ejercicio de la patria potestad el que siga en el orden establecido. Esto mismo se observará en caso de renuncia hecha conforme a lo dispuesto en el artículo 424.

Artículo 394.- Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa del que la ejerce, sin permiso de éste o decreto de la autoridad pública competente.

Artículo 395.- El que tiene al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarle convenientemente.

Artículo 396.- El padre tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente.

Artículo 397.- Las autoridades auxiliarán a los padres de ésta facultad de una manera prudente y moderada, cuando sean requeridas para ello.

Artículo 398.- En defecto del padre, el ascendiente a quien corresponda la patria potestad ejercerá la facultad a que se refiere el artículo 396.

Artículo 399.- El que está sujeto a la patria

(6).- CÓDIGO CIVIL DE 1970, EN LA EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA COMISIÓN REDACTORA, PÁGINA 23, MEXICO 1875.

potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento de quien ejerce aquel derecho.

Con eso termina el primer capítulo del título de referencia y empieza el siguiente, que es el referente a los bienes del menor.

Artículo 400.- El que ejerce la patria potestad es legítimo representante de los que están bajo ella y administrador legal de los bienes que le pertenecen, conforme a las prescripciones de éste código.

Artículo 401.- Los bienes del hijo mientras está bajo la patria potestad se dividen en cinco clases:

a) Bienes que proceden de donaciones del padre;
b) Bienes que proceden de donaciones de la madre o de los abuelos. Aún cuando aquella o alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad.

c) Bienes debidos al don de la fortuna.

d) Bienes que proceden de donaciones de los parientes colaterales o personas extrañas, aunque éstos y los de la segunda clase, se hayan donado en consideración al padre.

e) Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto sea cual fuere.

Artículo 402.- En la primera clase la propiedad pertenece al hijo y la administración al padre. Este podrá

conceder a aquel la administración, y señalarle en los frutos la porción que estime conveniente. Si el padre no hace esa designación, tendrá el hijo la mitad de los frutos.

Artículo 403.- En la segunda, tercera y cuarta clase, la propiedad de los bienes y la mitad del usufructo son siempre del hijo; la administración y la otra mitad del usufructo del padre. Este podrá sin embargo ceder al hijo la administración o la mitad del usufructo que le corresponde, o una y otra.

Artículo 404.- Los bienes de la quinta clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo, al hijo.

La Comisión redactora de éste ordenamiento legal, nos dice en su parte expositiva del mismo, el porqué de sus preceptos y consideraciones:

"Las leyes y sobre todo las Instituciones deben acomodarse a las costumbres; y aunque el deber del legislador ilustrado también en procurar la reforma y mejora de las costumbres, no sólo en lo moral, sino en lo social, éste deber ha de desempeñarse prudentemente, a fin de no desterrar costumbres útiles o introducir sin criterio otras nuevas". (*7)

(7).- CODIGO CIVIL DE 1870, EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA COMISION REDACTORA, PAGINA 24, MEXICO, 1875.

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

Artículo 416.- La patria potestad se pierde:

- I.- Cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de éste derecho.
- II.- En los casos señalados por los artículos 268 y 271.

Artículo 417.- Los tribunales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce, o modificarla, si trata a los que están en ella con excesiva severidad, no los educa, o les impone preceptos inmorales, o les dá ejemplos o consejos corruptores.

Artículo 418.- La patria potestad se suspende:

- I.- Por incapacidad declarada judicialmente en los casos segundo y tercero del artículo 431.
- II.- En el caso primero del artículo 432, en cuanto a la administración de los bienes.
- III.- Por ausencia declarada en forma.
- IV.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena ésta suspensión.

Artículo 419.- Los padres conservan sus derechos al usufructo de los bienes del menor, si por demencia han quedado suspensos del ejercicio de la patria potestad.

Todo lo antes examinado, sigue más o menos el

Lo anterior se refiere a que éste cuerpo legislativo no tomó en cuenta los consejos de familia que todas las legislaciones de su tiempo mencionaban para el mejor ejercicio de este derecho en relación al patrimonio del menor, y sigue diciendo:

"La Comisión cree que con las fuertes restricciones que han puesto a la administración de los bienes de los menores, y con la intervención constante del juez y del Ministerio Público, pueden obtenerse las ventajas que se atribuyen al consejo de familia, sin necesidad de aumentar el número de personas que tal vez sean una rémora para muchos negocios.

Debe también la Comisión fundar la nueva distribución que ha hecho de los bienes que corresponden a los que están bajo la patria potestad. Conforme al derecho romano y al español se hacen varias distinciones bajo los nombres de peculio profecticio, adventicio, castrense, cuasi castrense, que más o menos han sido modificados por los códigos modernos, ya en los nombres, ya en la sustancia misma.

La Comisión ha creído que en el estado actual de nuestra sociedad deben de modificarse en gran manera esas distinciones y sus consecuencias; atendiéndose sólo respecto de éstas a la verdadera utilidad de las familias y respecto de las primeras sólo el origen de los bienes. Por

cartabón del derecho común en lo referente a éste punto de la patria potestad, pero los últimos artículos que siguen a continuación son preceptos innovadores y originales de éste ordenamiento legal.

Artículo 420.- El padre podrá nombrar en su testamento a la madre y abuelas en su caso, uno o más consultores cuyo dictámen hayan de oír para los actos que aquel determine expresamente.

Artículo 421.- No gozan de ésta facultad el padre, que al tiempo de morir, no se hayare en el ejercicio de la patria potestad, aunque el nombramiento se haya hecho en testamento anterior a la pérdida o suspensión de aquel derecho.

Artículo 422.- Cuando la suspensión se funda en la ausencia o locura, valdrá el nombramiento si se hizo en testamento anterior a la declaración de ausencia o la enajenación mental.

Artículo 423.- La madre o abuela que dejara de oír el dictámen del consultor, o consultores podrá se privada en juicio contradictorio con la audiencia del Ministerio Público de toda su autoridad y derechos sobre sus hijos o nietos, a instancias de aquéllos; pero el acto ejercido no se anulará por éste sólo motivo.

Artículo 424.- La madre, abuelas y abuelos, pueden siempre renunciar a su derecho a la patria potestad o al

esa razón se señalan cinco clases.

Artículo 407.- Cuando el hijo tenga la administración de los bienes por la ley o voluntad del padre se le considerará respecto de la administración como emancipado, con las restricciones que señala el artículo 692.

Artículo 409.- El padre no puede enajenar de ningún modo los bienes inmuebles en que conforme a los artículos 402 y 403 le corresponden el usufructo y la administración o ésta sólo, sino por causas de absoluta necesidad o evidente utilidad y previa la autorización del juez competente.

Artículo 410.- El derecho de usufructo concedido al padre se extingue:

- 1o.- Por emancipación o mayor edad de los hijos;
- 2o.- Cuando la madre pasa a segundas nupcias;
- 3o.- Por renuncia.

Artículo 411.- La renuncia del usufructo hecha a favor del hijo, será considerada como donación.

Artículo 413.- Los padres deben entregar a los hijos luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad todos los bienes y frutos que le pertenezcan.

Para finalizar, estudiaremos lo más importante que el Capítulo Tercero de éste ordenamiento establece respecto a la terminación de la patria potestad.

Artículo 415.- La patria potestad se acaba:

ejercicio de ésta; la cual en ambos casos recaerá en el ascendiente a quien corresponda según la ley. Si no lo hay se proveerá de tutor al menor conforme al derecho.

Artículo 425.- El ascendiente que renuncia a la patria potestad, no puede recobrarla.

Artículo 426.- La madre o abuela viuda, que dé a luz a un hijo ilegítimo pierde los derechos que le concede el artículo 392.

Artículo 427.- La madre o abuela que pasa a segundas nupcias pierde la patria potestad si no hubiere persona en quien recaiga se proveerá a la tutela conforme a la ley.

Artículo 428.- La tutela en ningún caso podrá recaer en el segundo marido.

Artículo 429.- La madre o abuela que volviese a enviudar recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias, salvo lo dispuesto de bienes sujetos a reserva.

En conclusión, podemos finalizar, exponiendo que éste primer Código Civil Mexicano, vino a revolucionar ésta materia tan importante en la familia, pudiendo resumir sus innovaciones para esa época en los siguientes puntos:

PRIMERO.- Reconoce la patria potestad del padre y de la madre mancomunadamente y en forma solidaria en derechos y obligaciones en relación de los hijos sometidos a

su autoridad.

SEGUNDO.- Destruye la ignominiosa diferencia de hijos naturales y legítimos, equiparándolos en un mismo nivel.

TERCERO.- Establece la sucesión de la patria potestad a la muerte de los padres, otorgando tal facultad a los abuelos y abuelas sucesivamente.

Con lo anterior, terminó con las viejas teorías que al respecto existían en ese tiempo de su vigencia, logrando una evolución jurídica de gran sentido práctico en beneficio del hijo, que es la parte más débil que debe protegerse. Este ordenamiento rigió hasta mediados de 1884, en que fue sustituido por el segundo y nuevo Código Civil.

4.- CODIGO CIVIL DE 1884

Entrando al estudio del siguiente ordenamiento legislativo que rigió para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, único que existía a fines del Siglo XIX, para compararlo con el ordenamiento que acabamos de analizar, observamos que son pocas las diferencias que se pueden apreciar en esta materia de la patria potestad en ambos Códigos Civiles, ya que casi en su totalidad se siguió al ordenamiento anterior, lo cual se debió a que estaba bien planteado sobre bases firmes y seguras, en donde se fincaron los objetos que se necesitaban, para la regulación de las

relaciones paterno filiales que nos ocupan, dada la época de su vigencia; apreciándose únicamente modificaciones trascendentales en otros capítulos que lo ameritaban. En virtud de lo anterior sólo nos ocuparemos en esta parte de las modificaciones que se aprecian en comparación con el ordenamiento anterior.

El Código que nos ocupa, fue promulgado por el Decreto del Congreso de la Unión, de fecha 14 de diciembre de 1883, entrando en vigencia a partir del primero de junio del siguiente año, y por supuesto derogando al de 1870.

Al igual que su antecesor, trata lo referente a la patria potestad en su Título Octavo que igualmente lo subdivide en los tres mismos Capítulos que el que sustituye.

Capítulo Primero.- De los efectos de la patria potestad, respecto de las personas de los hijos, en donde nos encontramos que los primeros ocho artículos, son idénticos y no sufrieron variación alguna, con referencia a su antecesor, siendo la única modificación, en cuanto al número progresivo de su articulado, ya que el primero empezaba con el número 383 y este comienza con el número 363. A partir del artículo 397 se empieza a diferenciar del anterior.

Artículo 397.- Las autoridades auxiliarán a los padres en el ejercicio de ésta facultad de una manera prudente y moderada cuando sean requeridas para ello. En

cambio el 371 de éste ordenamiento que es su correlativo, se le agrega en la parte intermedia las palabras "y las demás facultades que le concede la ley"; por lo que queda en forma completa de la siguiente manera:

Artículo 371.- Las autoridades auxiliarán a los padres en el ejercicio de ésta y las demás facultades que les conceda la ley, de una manera prudente y moderada, siempre que sean requeridas para ello.

Con lo que observamos que se sigue el mismo sentido, no sufriendo ningún cambio de idea primaria, establecida en la legislación de 1870.

En los siguientes postulados no existe ninguna diferencia que consignar en relación con el ordenamiento anterior, y sólo volvemos a encontrar una modificación dentro del Capítulo Segundo que trata lo referente a los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo donde el antiguo artículo 401 establecía cinco clases de bienes y en cambio su correlativo no sólo en su cantidad, sino también en su contenido.

Artículo 375.- Los bienes del hijo mientras está bajo la patria potestad se dividen en seis clases:

- I.- Bienes que proceden de donación del padre;
- II.- Bienes que proceden de herencia o legado del padre;
- III.- Bienes que proceden de donación, herencia o legado de la madre o de los abuelos, aún cuando aquella o alguno de

éstos este ejerciendo la patria potestad.

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

V.- Bienes debidos al don de la fortuna;

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

Por lo tanto, la primera clase es igual a la anterior, en cambio la segunda, tercera y cuarta clase, son distintas y por último, la quinta y sexta clase si son idénticas al Código de 1870.

Los subsiguientes postulados, no sufren modificación de importancia, digna de hacerse notar, en cambio el 405 del ordenamiento anterior, es suprimido en ésta legislación.

El artículo 410, del de 1870, que en este ordenamiento le corresponde el 383, si cambia, quedando en la siguiente forma:

En lugar de establecer:... "que el derecho de usufructo concedido al padre se extingue: ...II.- cuando la madre pase a segundas nupcias...", en esta legislación se instituye:

Artículo 383.- El derecho de usufructo concedido al padre, se extingue:...II.- Por la pérdida de la patria

potestad.

Lo que inexorablemente, es más congruente y lógico, ya que la parte conducente del precepto anterior, no encajaba dentro del molde donde se había vaciado el pensamiento liberal y progresista de sus autores.

Siguiendo nuestros estudios comparativos de éstas dos legislaciones sucesivas, no encontramos ya ninguna diferencia en este segundo capítulo del tema tratado. En cuanto al tercero y último que es el referente a los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, sólo encontramos modificación en el artículo 391 que correspondía al Código de 1870, quedando en la forma siguiente:

I.- Por incapacidad declarada en los casos segundo y tercero del artículo 404.

II.- Por ausencia declarada en forma.

III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Todos los demás preceptos subsiguientes, no sufren alteración alguna y sólo hasta el último de los preceptos correspondientes de este título es modificado, ya que el artículo 429 del ordenamiento analizado anteriormente, en su último párrafo instituyó que: "La madre o abuela que volviesen a enviudar recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias, SALVO LO DISPUESTO RESPECTO DE BIENES SUJETOS A RESERVA". En cambio su

correlativo en esta legislación, el artículo 402, con el que termina lo referente a esta parte, le suprime el último párrafo que resaltamos del precepto anterior.

En resumen, deducimos que son insignificantes e intrascendentes las diferencias apreciadas en relación al antiguo Código de 1870, esto es debido en parte a que la Comisión Redactora de este código de 1884, encabezada por Don Miguel S. Macedo y Pedro Collantes, al terminar el estudio legislativo de este capítulo, se encontraron que la legislación anterior que examinan, en lo conducente al capítulo que nos ocupa, se había adelantado en tiempo y madurez, al pensamiento jurídico imperante a la época en que se dictó y rigió en el País.

Por lo tanto, el nuevo Código que había de sustituirlo, se apegó lo más estrictamente posible a sus postulados, haciéndole las mínimas modificaciones que hemos enunciado, habiendo regido este ordenamiento, hasta el año de 1917, en que entró a regir únicamente para lo que a la familia se refiere, la Ley de Relaciones Familiares, siguiendo vigente para todas las demás instituciones el Código Civil de referencia.

CAPITULO TERCERO

LA PATRIA POTESTAD EN LA ACTUALIDAD

1.- DEFINICION

Repasando lo acaecido en épocas antiguas, podemos decir, que es en Roma, realmente donde existió la patria potestad, porque aún cuando hoy existe una institución que conserva aquél nombre y que se refiere a las relaciones del padre con el hijo, no es en verdad potestad alguna, sino un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos, que hacen posible el cumplimiento de aquellas.

" La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etc. Cuando en virtud de resolución judicial se priva a una persona de la patria potestad, ella pierde los derechos inherentes a la misma, pero quedan subsistentes únicamente las obligaciones económicas que le incumban, según se desprende del artículo 378 del Código Civil de Veracruz; sin embargo debe advertirse que la autoridad judicial está facultada para,

sin privar a los padres o abuelos de la patria potestad que ejerzan, suprimirles o restringirles alguno o algunos de los derechos que la misma comprende, como puede ser la privación de la guarda y custodia de los menores, de la facultad de decidir sobre alguna cuestión relativa a su educación, de la administración de sus bienes, etc.; de esto se desprende, entre otros, de los artículos 342 y 370 del ordenamiento antes mencionado. (Amparo Directo 2078/74. 15 de agosto de 1975. Unanimidad)".

Como señalamos antes, terribles eran en Roma los efectos de la patria potestad. Durante mucho tiempo el pater familias pudo matar, mutilar, arrojar de su casa a las personas alieni iuris, como podía romper, destruir, abandonar las cosas que le pertenecían. Podía venderlas, y hasta el tiempo de Cicerón, darlas en prenda. Hasta Augusto, el hijo de familia podía ser objeto de un robo. En la economía primitiva se confundían el poder disponer de las personas y el derecho real sobre las cosas, porque el uno y el otro tenían un valor pecuniario. Esta potestad, fuere cual fuese la edad de los alieni iuris, no se extinguía más que por la muerte, pero más adelante la conducta del pater familias fue sometida a la apreciación del Censor y se fueron imponiendo a la autoridad de aquél, restricciones cada vez más importantes.

Actualmente el espíritu que perdura en los códigos

civilizados modernos, es el de que todo derecho nace de una obligación: como los padres tiene la obligación de mantener y educar a sus hijos, necesitan del derecho de mandar en ellos, de corregirlos y dirigirlos, sin otra intervención que la indispensable de la sociedad.

Ahora bien, entrando al examen de nuestra legislación actual positiva, después de estudiar las legislaciones que anteriormente nos regían, por lo que hemos presentado, someramente, el desenvolvimiento que la institución ha sufrido desde su inicio, hasta nuestros días.

El sistema normativo positivo actual, en lo conducente a la materia que analizamos, derogó a la Ley de Relaciones Familiares que venía normando, hasta el primero de octubre de 1932, fecha en que entró a regir éste nuevo Código Civil vigente, para el Distrito Federal y Territorios Federales, en materia común y para toda la República en materia federal, no obstante que fue expedido desde el año de 1928.

Podemos iniciar el estudio de la teoría actual sobre la patria potestad, diciendo que, encontrándose comprendida dentro del derecho familiar, se le tiene actualmente considerada como una institución jurídica del derecho privado, que trata de coordinar y regular las relaciones entre padres e hijos, y ya dentro de un concepto más moderno de patria potestad, podemos decir que no son

sólo las relaciones entre padres e hijos los que formarían el objeto de ella, sino que en amplio concepto, podemos considerar dichas relaciones entre ascendientes y descendientes, si tomamos en consideración las facultades y obligaciones que se otorguen a los abuelos.

Señalaremos en forma categórica, que el derecho moderno por lo que toca al ámbito familiar, tiene como objeto y propósito lograr una solidaridad cada vez más estrecha y perfecta entre los distintos miembros que componen la familia.

El maestro Rojina Villegas, en su obra de Derecho de Familia, nos expresa en relación al punto que estudiamos:

" La patria potestad viene a desempeñar dentro del seno de la familia, la misma función que ejerce el poder público dentro de la sociedad, pues en ambos casos se originan relaciones de subordinación y supraordenación". (*1)

Al señalar las definiciones de diversos autores, lo hacemos con el propósito de encontrar la que más de acuerdo esté con la reglamentación, que sobre la patria potestad hace nuestro Código Civil vigente. De las definiciones que se vayan analizando, tomaremos aquella que en nuestro concepto esté más acorde con los lineamientos del derecho

(1).- ROJINA VILLEGAS RAFAEL, DERECHO CIVIL MEXICANO, TOMO SEGUNDO, VOLUMEN PRIMERO, PAGINA 71.

moderno.

Roberto de Rugiero dice que en la patria potestad existe una autoridad que implica derechos y obligaciones; es pues a un mismo tiempo una potestad y unas manos, porque el poder que entraña a los sometidos a ella, no está exento de cargos, pudiendo decir que aquel es atribuido con vistas a estos.

Estamos de acuerdo con esta definición, en cuanto al concepto moderno de que el poder de los padres, esté justificado toda vez que sólo mediante éste serían posibles en su realización positiva y efectiva, las obligaciones que la propia ley les impone en relación a sus hijos.

Desde el punto de vista del contenido y alcance de ese poder y de los cargos a que se refiere, nada nos dice, asimismo, no menciona a los sujetos de la relación.

Otro autor, Castán Tobeñas, quien adhiriéndose al pensamiento de Colín y Capitant, está de acuerdo en considerar a la patria potestad como "el conjunto de derechos que la ley concede a los padres, sobre las personas y los bienes de sus hijos, en tanto son menores y no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre ellos.

La definición que acabamos de anotar, no creemos que sea la que convenga para los efectos que nos proponemos, pues omite señalar a los abuelos, quienes como hemos dicho,

nuestra legislación también los señala como elementos de la relación de patria potestad.

Señalaremos ahora la definición que nos proporciona el autor francés Josserand Louis, quien dice: "La patria potestad es un conjunto de derechos que confiere la Ley al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de los cargos que les incumben, en los que concierne la manutención y educación de los hijos". (*2)

Al igual que la otra definición de Colin y Capitant, deja fuera de esta relación a los abuelos, por lo que no será esta la que aceptemos de acuerdo con el deseo que nos proponemos.

Valverde Calixto, famoso autor español al hablar de la patria potestad la define, afirmando: Es el complejo de derechos y deberes de los padres para con los hijos, y de éstos para con los padres.

Aparentemente esta definición podría servir en forma suficiente para nuestros propósitos, pero como podemos ver, no existe limitación alguna en cuanto a la edad de los hijos y en el mismo omite señalar a los abuelos.

Rafael de Pina, nos manifiesta al definir la patria

(2).- JOSSERAND LOUIS, DERECHO CIVIL, LA FAMILIA, TOMO UNO VOLUMEN DOS, PAGINA 257.

potestad que esta es: " El conjunto de facultades que supone también deberes, conferidos a quienes la ejercen, en relación a las personas y bienes de los sujetos a ello, con el objeto de salvaguardarnos en la medida necesaria ". (*3)

Por las razones expuestas en la definición del jurista Valverde, no aceptamos la del maestro Rafael de Pina, y nos vemos en la necesidad de analizar otras definiciones.

Para Julian Bonnecasse, eminente jurista francés, la patria potestad es: " El conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores, considerados, tanto en sus personas como en sus patrimonios ". (*4)

A la definición transcrita le notamos la ausencia del elemento emancipación, asimismo, señala como elementos de la relación terceras personas, y de acuerdo con los artículos 414, fracciones I, II y III, y 418 del Código Civil vigente, únicamente podremos considerar como sujetos

(3).- RAFAEL DE PINA, ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO, TOMO II, VOLUMEN I, PAGINA 306.

(4).- BONNECASSE JULIAN, ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO, TOMO PRIMERO, PAGINA 271.

interesados y legalmente reconocidos en el ejercicio de la patria potestad, en principio, a los padres y, que subsidiariamente estarán los abuelos paternos y maternos.

Marcel Planiol, al referirse al estudio de la patria potestad, propone la siguiente definición: " La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que concede la ley al padre o a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de su obligación como tales ". (*5)

Podemos señalar en cuanto a esta definición, que no será tampoco la que aceptemos, pues, en concepto de la sustentante, en primer término, considera el autor a la patria potestad, como un conjunto de derechos y facultades, en lo cual diferimos, ya que no solamente son derechos y facultades los que se derivan del ejercicio de la patria potestad, sino que, en el mismo, o sea el ejercicio de ésta, se encuentran también deberes, y no solamente una obligación como lo señala el autor a que nos referimos.

Asimismo, la definición que comentamos, no hace partícipes de ésta relación jurídica a los abuelos en ambas líneas, y al referirse a los menores, no excluye a los que ya están emancipados.

(5).- MARCEL PLANIOL, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL, TOMO II, PAGINA 281.

Para Colín y Capitant, la patria potestad, es: " El conjunto de derechos que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, mientras éstos son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación a que están obligados ".(*6)

Como ya dijimos, son definiciones que no se arreglan al pensamiento actual de nuestras leyes, pues omiten a los abuelos paternos y maternos como sujetos de esta relación.

Fácil es observar el espíritu proteccionista que en todas las definiciones transcritas se dá en beneficio del hijo sujeto a la patria potestad, cambiando en ellas el concepto moderno que en las legislaciones contemporáneas se observa sobre la reglamentación de las relaciones familiares en términos generales, y de manera especial sobre el ejercicio de la patria potestad.

No habiendo visto cumplido nuestro propósito de obtener la definición que llenara los requisitos y que contuviese los elementos necesarios que nuestra ley positiva establece, nos permitimos de una manera por demás sencilla, proponer la siguiente definición:

(*6).- COLIN AMBROSIO Y H, CAPITANT, CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL, TOMO II, VOLUMEN I, PAGINA 79.

" La patria potestad, es el conjunto de derechos y obligaciones legalmente reconocidos a los padres, a falta de éstos a los abuelos paternos, en su ausencia a los maternos, respecto de los hijos menores no emancipados, tanto en su persona como en sus bienes ".

Al tratar nuestra legislación positiva, el maestro Rafael de Pina observa que: " Hay que advertir, sin embargo, que por mucha que sea la regularidad que se pueda atribuir a esta institución en el pasado, desde el punto de vista exclusivamente legal, se puede suponer, con fundamento en el sentimiento de afección existente entre padres e hijos, que siempre estuvo templada, por el sentimiento del amor paternal, aparte de las reglas imperiosas de la moral ".(*7)

2.- SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD

Ya hemos indicado que, los sujetos en esta rama del derecho civil son, fundamentalmente los parientes (por consanguinidad, afinidad, o por adopción), los cónyuges y las personas que ejerzan la patria potestad o tutela.

También deben mencionarse a los concubinarios, dado que algunos sistemas y, especialmente nuestro Código Civil

(7).- RAFAEL DE PINA, INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL, EDITORIAL PORRUA, PAGINA 387.

vigente, reconocen ciertas consecuencias jurídicas al concubinato, tanto entre las partes como en relación a los hijos habidos en el mismo. En el derecho de familia los sujetos que intervienen son personas físicas.

La categoría de parientes es esencial en el derecho familiar, por la diversidad de consecuencias jurídicas que se presentan tanto en el parentesco consanguíneo que es el principal, cuanto en la adopción o parentesco civil.

La calidad de consortes o cónyuges es importantísima en el derecho de familia, en virtud de que no sólo crea los sujetos especiales del matrimonio, con el conjunto de derechos y obligaciones que recíprocamente la ley les concede e impone, sino que además se proyecta sobre los parientes legítimos y especialmente, en las relaciones paterno-filiales.

Dentro del parentesco, se originan las relaciones específicas que impone la patria potestad entre padres e hijos o, en su caso, entre abuelos y nietos. Por consiguiente, se destacan aquí sujetos especiales del derecho familiar que deben diferenciarse de los parientes en general, pues los derechos y obligaciones que se originan por la patria potestad, entre esa clase de sujetos, no son los mismos que de una manera general determina el parentesco.

A diferencia del derecho francés, en el que la

patria potestad no pertenece más que a los padres y jamás a los abuelos, a quienes empero, el hijo debe honrar y respetar, entre nosotros, teniendo en cuenta que 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.

En el caso del hijo nacido fuera de matrimonio, cuando los dos progenitores lo han reconocido y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad. Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuarán ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo en cuenta los intereses del hijo.

Existe entre los padres y los hijos, como entre el marido y la mujer, una obligación alimentaria recíproca.

Comenzando con el estudio de nuestra legislación, nos marca la obligación de los hijos de honrar y respetar a sus padres, en el caso de ser menores de edad no emancipados, estarán siempre bajo la patria potestad de los padres.

Antes de profundizar más en el tema, mencionaremos las siguientes palabras del maestro Rafael Rojina Villegas:

" El derecho moderno, en la regulación jurídica de la patria potestad, ha tomado principalmente en cuenta, que

la autoridad que se otorga a quienes la desempeñan; no es para beneficio propio, ni mucho menos, para convertir a los sujetos a ella, en simples medios puestos a su servicio, para la satisfacción de sus fines personales, sino que por el contrario, esta institución se ha convertido en la actualidad, en una verdadera función social, que más que derechos, impone obligaciones a quienes la ejercen ".(*8)

En forma más específica, pasaremos a señalar a los sujetos de ésta relación, diciendo que: La patria potestad, corresponde en principio a ambos padres, de acuerdo con lo establecido por la fracción I del artículo 414 del Código Civil, que textualmente dice:

Artículo 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."

Se aprecia fácilmente como la reglamentación que hace el ordenamiento citado en cuanto a los sujetos que ejercen la patria potestad, lo hace concediendo idénticos derechos tanto al padre como a la madre y no asignando dicho ejercicio solamente al padre o al abuelo como anteriormente

(8).- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, DERECHO CIVIL MEXICANO, VOLUMEN I, TOMO II, PAGINA 59.

se hacia, cosa que resultaba del todo irregular.

Sin embargo, como la unidad de dirección podemos considerarla como básica y esencial en todo organismo disciplinado, en principio y de hecho, todavía en la actualidad podemos observar, el padre es el que ejerce principalmente ese conjunto de derechos y cumple con las obligaciones, por razón a ese principio que se establece en el sentido de considerar al padre como cabeza de familia, debe conferirsele la suprema dirección y la responsabilidad de los actos y decisiones en las relaciones entre padre e hijos, pero, esto que se dice, debe entenderse que en ningún momento menoscaba o reduce o limita el derecho legalmente reconocido a la madre para los efectos del ejercicio de la patria potestad.

Corroborando el principio igualitario de derechos del hombre y la mujer, además del artículo transcrito, podemos citar del mismo ordenamiento el artículo 149, que en su parte conducente y para los efectos que nos interesan, establece:

Artículo 149.- " El hijo o la hija que no hayan cumplido dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre y de su madre, si vivieren ambos, o del que sobreviva. Este derecho lo tiene la madre, aunque haya contraído segundas nupcias si el hijo vive con ella. A falta o por imposibilidad de los padres, se necesita

consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, si los dos existieren o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos ".

De la lectura del anterior precepto, concluimos que de manera alguna se da prioridad al padre o al abuelo en relación con la madre o la abuela en cuanto al otorgamiento del consentimiento para la celebración del matrimonio en los casos a que el artículo se refiere.

A mayor abundamiento sobre el tema que tratamos, nos permitimos hacer referencia al artículo 397 del ordenamiento citado, que textualmente dice:

Artículo 397.- " Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella en sus respectivos casos:

I.- El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trate de adoptar

Como se ve, ya no es únicamente el padre el que puede consentir en que tenga lugar la adopción de su o sus hijos como antiguamente sucedía, sino que de acuerdo con lo establecido por el artículo antes mencionado, puedan legalmente consentir en ella o bien la madre o la abuela, si una u otra se encuentran en el ejercicio de la patria potestad.

El artículo 425 del Código Civil, confirma la tesis

de igualdad de derechos del hombre y la mujer al establecer:
Artículo 425.- " Los que ejercen la patria potestad son los
légítimos representantes de los que están bajo ella y tienen
la administración legal de los bienes que les pertenecen,
conforme a las prescripciones de éste Código ", no se
refiere éste artículo a que sea el hombre el que administre
los bienes de los hijos.

Del análisis comparativo que se haga entre la
redacción del artículo 426 del Código Civil antes del 31 de
diciembre de 1953 y de la redacción actual, nos daremos
plena cuenta del ánimo del legislador de terminar con la
diferenciación o desigualdad de derechos entre el hombre y
la mujer; al efecto, exponemos la primera redacción a que
nos referimos: " 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 el
varón, pero consultará en todos los negocios a su consorte
y requerirá su consentimiento expreso para los actos más
importantes de la administración ".

Vemos pues nuevamente la tendencia igualitaria de
derechos por reforma al artículo transcrito por decreto de
31 de diciembre de 1953, publicada en el Diario Oficial el 9
de enero de 1954.

Al dar lectura al artículo 427 del Código Civil en
cuanto al consentimiento para celebrar arreglos en un juicio

en que los sujetos a la patria potestad estén representados, creemos que la redacción de dicho artículo no es correcta, toda vez que en la forma en que está redactado supone forzosamente la existencia del padre y de la madre o del abuelo y la abuela, y no abarca o comprende los casos en que sea una sola persona la que ejerza la patria potestad, pues se dice que para que tenga lugar algún arreglo para terminar el juicio a que se refiere dicho artículo, es necesario el consentimiento expreso de su consorte.

Creemos que sería más conveniente decir:

" Quién ejerza la patria potestad representará en juicio a los sujetos a ella, y no se podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo sin el consentimiento expreso de ambos padres o abuelos si sobrevivieren, en los casos en que la ley lo requiera será necesario además la autorización judicial ".

El artículo 414 se refiere únicamente a los hijos nacidos en matrimonio; ¿qué puede decirse de las personas nacidas fuera de matrimonio en cuanto a quienes sean las que ejercen la patria potestad sobre ellos?

El artículo 415 del ordenamiento que estudiamos dice:

Artículo 415.- " Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo fuera de matrimonio, y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados, se observará en su caso lo establecido por los artículos 380 y 381.

Nos permitimos también transcribir los dos últimos artículos para el mejor entendimiento del transcrito.

Artículo 380.- Cuando al padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá sobre él la custodia, y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

Artículo 381.- En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no vivan juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

3.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

Preocupante es hoy al respecto el ambiente de nuestro México. Duro el aspecto mundial. Aquí, como en ninguna otra parte, ha de cristalizar la comunidad de amor en las funciones de la familia.

En los grados primitivos de cultura, correspondía

más o menos exclusivamente a la familia la función de protección de cada uno de sus miembros. La comunidad familiar se protegía a sí misma por la unión de sus componentes, no sólo contra los accidentes de la naturaleza y los animales feroces, sino también contra los hombres, puesto que le era preciso tomarse la justicia por su mano. Una de las formas de esta acción protectora en las sociedades primitivas era la venganza familiar u homicidio para saldar una deuda de sangre. Todos los miembros de la familia, con inclusión de los parientes que no vivían con ella, se sentían obligados a tomar venganza del ataque efectuado contra uno de sus componentes. En tales condiciones, es natural que cada familia procurase tener la mayor fuerza posible. Cuantos más hijos, especialmente si eran varones, mayor eficacia en la función protectora.

Si el Estado moderno ha asumido hoy, restándoselo a la familia, una importante parte de la función protectora mediante el derecho, la policía y la justicia, de todos modos, también hoy la familia vela por la vida y el honor de sus miembros.

Y nosotros creemos que, si dentro de la familia raramente hemos de dedicar hoy nuestro esfuerzo a proteger a los niños contra animales salvajes, no son menores los peligros que acarrearán las influencias de la atmósfera de nuestro Valle que se torna asfixiante y que la contaminación

por humos, polvos y gases sobrepasa las normas mínimas de protección de la salud humana, el ambiente moral, la desquiciadora crisis, han adquirido proporciones inconcebibles hace algunos años.

El Distrito Federal ocupa un alto índice de criminalidad en el mundo. La plétora urbana es cada vez mayor, es opresiva. Terrible es la desproporción entre riqueza y miseria. Hay un alto índice de impunidad y corrupción de las autoridades judiciales; una falta de integridad moral que se nota en prácticamente todos los niveles de la existencia urbana y nacional.

Y la educación del niño comienza desde su concepción. Más bien, como dicen muchos filósofos, muchas generaciones antes de que llegue al mundo. Pocos años transcurren y el niño se dirige a lo desconocido con la avidez del hambriento. Siempre seguirá siendo el arte de las artes educar a un niño. La patria potestad que impone el derecho a educar, impone también la obligación de hacerlo en forma serena, justa, verdadera y comprensiva. Si predicamos con el ejemplo, seremos no sólo obedecidos, sino seguidos.

Cada que nace un niño surge la interrogación: ¿Que será de él?. Este niño será lo que sus padres le ayuden a ser. Para que esta esperanza no defraude, sino que se realice plenamente, hay que educar al niño y educarlo bien. Educación física que fortalezca las energías del cuerpo,

educación intelectual que desarrolle y enriquezca los recursos del espíritu, que guie a la inteligencia, que forme y que fortifique la voluntad, que discipline.

Ahora bien, denominamos a este tema, efectos de la patria potestad y con ello queremos decir, que habrá de ocupar nuestra atención el estudio de los derechos y obligaciones que impone y otorga la ley a los sujetos que intervienen en las relaciones reguladas y derivadas de la patria potestad.

Se estudiarán en primer término las facultades y las obligaciones tomando única y exclusivamente en consideración a las personas, posteriormente se analizarán las consecuencias legales en cuanto al aspecto material, o sea tomando en consideración los bienes de los sujetos a la patria potestad.

EFFECTOS EN CUANTO A LAS PERSONAS.

Creemos conveniente advertir que habiendo entrado de lleno al estudio y consideración del tema, lo haremos refiriéndonos en cada momento a la reglamentación contenida en el Código Civil vigente.

De la lectura del artículo 411, que es el primero del capítulo que trata lo referente a los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos, impregnado este artículo de un alto valor moral señala:

Artículo 411.- Los hijos, cualquiera que sea su

estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

El artículo que sigue al anteriormente señalado, establece que los hijos menores, no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercitarla.

Como comentario a éste artículo sólo diremos que en el supuesto que no exista alguno de los ascendientes a quienes la ley otorga dicho ejercicio, estaremos en presencia de otra institución del derecho de familia que es la tutela, y por el momento sólo diremos de ésta, que al igual que la patria potestad tiene como propósito la protección de los incapacitados sólo que ésta última en ningún momento depende del hecho natural de la generación sino que está prevista y reglamentada por el Derecho Positivo, atendiendo a los casos en que se presente la incapacidad del sujeto a ella que puede ser por minoría de edad, incapacidad física o mental.

Siempre es necesario en todos los casos a que se refiere este capítulo, distinguir que el menor que tiene bienes puede no estar sometido a patria potestad, sino a tutela.

Hagamos además referencias constantes al pasado. Cuando en el derecho antiguo romano, por efecto del poder absoluto del padre sobre la persona del hijo, todo cuanto

éste adquiere la pertenencia, la institución se fue suavizando en la época imperial, primero con la admisión del peculio profecticio: Bienes del padre que el hijo administra, de los que puede disponer, pero que continúan siendo de la propiedad del padre. Luego con el peculio castrense, que permitía al hijo ejercer la propiedad y libre administración sobre lo que adquiría como soldado. Recordemos también que los Bona Adventitia Irregularia, Peculio Adventicio Irregular, fueron los que formaron el patrimonio constituido al hijo por un tercero con exclusión expresa para el padre de toda prerrogativa sobre los bienes del mismo.

El artículo 413 establece que el ejercicio de la patria potestad será en cuanto a la persona y en cuanto a los bienes de los hijos, previniendo que en cuanto a la guarda y educación de los menores, dicho ejercicio quedará sujeto a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la delincuencia infantil en el Distrito Federal.

En relación al derecho que la ley otorga a los hijos en cuanto a su guarda y educación, el artículo 421 del mismo ordenamiento impone al hijo la obligación de no abandonar la casa de los que ejercen la patria potestad sin el permiso de ellos, o decreto de autoridad competente.

Es indudable que él o los que ejerzan la patria

potestad les es imprescindible el derecho de retener al menor, para que pueda, satisfactoriamente darse cumplimiento a los deberes de educación y corrección sobre los sujetos a la patria potestad.

No quiere decir lo anterior que ese derecho de retención digamos, tenga un carácter absoluto y tiránico, pues pensamos que el abandono de la casa de los que ejercen dicha potestad, cuando se hace por ser objeto de malos tratos, y excesivos castigos, se podría ver justificado, ya que la ley impone al hijo la obligación de vivir con sus padres para que éstos puedan cumplir con sus obligaciones de educación y dirección, y no para excederse en los castigos hacia el menor, en cuyos casos se exige la intervención de la autoridad.

El artículo 423 del ordenamiento que tratamos, impone a los que ejercen la patria potestad o más bien dicho, otorga la facultad de corregir a sus hijos y castigarlos en forma mesurada.

Quiere esto decir, que el espíritu proteccionista que inspiró al legislador, tuvo lugar nuevamente al limitar el ejercicio de dicha facultad, prohibiendo a los padres o ascendientes golpear o maltratar a sus hijos; al que o los que excediéndose en el derecho que les otorga el precepto legal antes indicado, caen dentro de sanciones establecidas en forma penal.

El límite a la actuación de los que ejercen la patria potestad en su derecho de corrección, puede decirse es de que éstos pueden inferir una lesión que no ponga en peligro la vida de sus hijos, y que no tarde en sanar más de quince días, demostrando plenamente que dichas lesiones fueron inferidas con el propósito de obtener enmienda en el menor.

Nos sigue señalando el artículo 423 que las autoridades, para los casos en que fuese necesario, auxiliarán a los padres, haciendo uso de amonestaciones o correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna.

Aunque dicho artículo no dice en que pueden consistir los correctivos a que se refiere, podemos afirmar que estos pueden consistir en reclusión de los hijos por tiempo más o menos largo, según lo requiera la actitud de los hijos, en establecimientos de educación correccional, así como en su aprehensión en los casos de fuga y su reintegración a la casa paterna.

El último artículo que reglamenta los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos, es el 424, que a la letra dice:

Artículo 424.- 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. En caso de irracional disenso, resolverá el Juez.

Consideramos que uno de los principales fundamentos sobre los cuales reposa la institución de la patria potestad, es la incapacidad de los hijos, que traduciéndose en ignorancia e inexperiencia, los pone en peligro de causar graves perjuicios tanto en su persona como en sus intereses, siendo éste el motivo por el cual se les prohíbe comparecer en juicio o contraer obligaciones sin el expreso consentimiento del padre o ascendiente que ejerce la potestad, quien por otra parte, no podría cumplir con los deberes que la ley le impone respecto de los bienes de los hijos, si les fuera permitido a éstos, comparecer en juicios y disponer libremente de su patrimonio.

Los efectos de la patria potestad en cuanto a la personas; como antes hemos dicho, comprenden el conjunto de derechos y obligaciones de los hijos para con los padres y de éstos para aquéllos; pudiendo resumir de la siguiente manera:

Los hijos, entiéndase los sujetos a la patria potestad, tienen derecho a:

1.- A ser educados y alimentados en los términos de los artículos 303 y 308 del código civil, interpretado el primero en sentido contrario o sea no visto como la imposición de una obligación a los que ejercen la patria

potestad, sino como de un derecho de los que se encuentran sujetos a ella, pues aunque estos artículos no se refieren expresa y exclusivamente a los sujetos a patria potestad, al hacerlo en términos generales de referirse a los hijos, se pueden comprender a los mencionados.

Artículo 303.- Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, a falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae sobre los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximas en grado.

El artículo 308, nos da luces sobre lo que debe entenderse por alimentos, al establecer:

Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Podemos señalar que el sujeto a la patria potestad, tiene como una consecuencia del derecho de ser alimentado, otro derecho, que es el de exigir el aseguramiento de dichos alimentos en los términos del artículo 315 y demás relativos del código civil.

2.- Tienen los hijos el derecho a llevar el apellido de sus padres.

No obstante que dentro del capítulo del Código

Civil que regula lo relativo a la patria potestad, no se hace mención a que los hijos tengan derecho a llevar el apellido de sus padres, nos atrevemos a consignar dicho derecho en favor de los hijos, si tomamos en cuenta que el ordenamiento anteriormente citado otorga ese derecho a los hijos nacidos fuera de matrimonio en su artículo 389. No vemos la razón por la cual el legislador no hizo mención expresa de dicho derecho, debiéndolo consignar en el capítulo relativo a los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos.

3.- Únicamente apuntaremos el derecho que tienen los sujetos a la patria potestad a ser representados en juicio así como a que se les administren sus bienes en la forma y términos expresamente consignados en el Código Civil.

Los deberes de los hijos sujetos a patria potestad para el que o los que la ejerzan, podrán quedar resumidos de la siguiente forma:

1.- La disposición contenida en el artículo 411 nos señala en primer término y con un verdadero espíritu ético, el deber de los hijos de honrar y respetar a sus ascendientes, cualquiera que sea su edad, estado o condición. Podemos afirmar que la obligación a que hemos hecho referencia, es una obligación eminentemente moral, reconocida y sancionada por el derecho y que desde luego se funda en el propósito y deseo de que predomine dentro del

seno familiar un orden ético que imponga un matiz de armonía y solidaridad familiar.

2.- A nuestro modo de comprender, y aunque dentro del título relativo a la patria potestad, no se consigna la obligación del hijo de dar alimentos a los padres, o a sus demás ascendientes, se encuentra consignado dicho deber en el código civil en la parte conducente al tema.

3.- Tienen los hijos menores de edad no emancipados la obligación de permanecer en la casa del que o los que ejerzan sobre ellos la patria potestad, a no ser que exista permiso expreso de éstos o decreto de autoridad competente. La obligación antes indicada se encuentra consignada en el artículo 421, al respecto, sólo podemos decir que la explicación o motivo que el legislador presenta a dicha obligación es la de que, de ésta manera se está haciendo posible que puedan ser satisfactoriamente cumplidos los deberes que son a cargo de los padres en favor de los sujetos a la patria potestad, o sea, mediante la imposición al hijo de permanecer dentro del seno familiar, será la forma en que pueda ser debidamente alimentado y educado.

EFFECTOS JURIDICOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES DEL HIJO.

En este tema de los bienes de los menores, el derecho mexicano, deja un poco fuera su sentido altamente moral que se reflejaba en preceptos anteriores, que tenían

un carácter más que legal, espiritual de grandes alcances humanos, para convertirse un poco materialista por el contenido económico que representa.

El cuerpo normativo que nos rige, tiene mucho cuidado al tratar lo referente al patrimonio de los menores, para evitar, como es lógico suponer, que los ascendientes puedan disponer libremente de los bienes del menor y logren menoscabar ese patrimonio, ya sea por negligencia, mala administración o abuso de su autoridad. Para lo que generalmente, aparte de fijar reglas de estricto cumplimiento, constantemente pide la intervención de jueces, Ministerio Público y en muchos casos el nombramiento de tutores judiciales, cuando los padres tengan también intereses conjuntamente con los menores, de carácter económico.

De igual manera que al estudiar los efectos de la patria potestad en relación a las personas, al estudiar los efectos de dicha institución por lo que hace a los bienes del hijo, veremos los derechos y obligaciones que corresponden a los sujetos de la relación jurídica, o sea, que al referirnos a los efectos tendremos en mente precisamente ese conjunto de derechos y obligaciones derivados del ejercicio de la patria potestad.

Primeramente nos ocuparemos de la división que hace nuestro actual Código Civil de los bienes que pertenecen a

los sujetos a la patria potestad. Podemos decir que no es ya la larga y prolija y complicada división que señalaron los Códigos de 1870 y 1884; actualmente, dichos bienes se encuentran divididos en dos grandes ramas, en las que se encuentran comprendidos absolutamente todos los bienes del menor.

I.- Bienes que adquiere por su trabajo.

II.- Bienes que adquiere por cualquier otro título.

Precisaremos antes de entrar a considerar los efectos en cuanto a los bienes que son tres actos fundamentales los que van a operar en cuanto se tomen en consideración los bienes del menor; dichos actos son:

Actos de Administración, Actos de dominio y Usufructo legal sobre dichos bienes.

Por lo que se refiere a la procedencia de los bienes, vemos que los adquiridos por el trabajo del menor, pertenecen en forma absoluta a su propiedad y pueden disponer libremente de ellos, teniendo en consecuencia el derecho de dominio, administración y usufructo; en cuanto a los obtenidos en otras formas, si existe una regulación más minuciosa y precisa, estableciéndose, la propiedad para los menores, el usufructo en un cincuenta por ciento a ellos y el otro restante a los padres y la administración en exclusiva a los que ejercen su autoridad.

En términos generales podemos decir que la

administración de los bienes, corresponde a los que ejercen la patria potestad; el dominio de dichos bienes pertenece al hijo y el usufructo a ambos, en la forma y términos a que nos habremos de referir en seguida.

Artículo 425.- Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código.

Dicho está, que en principio la administración de los bienes está a cargo de los que ejercen la patria potestad.

El artículo 427, 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 cuando la ley lo requiera expresamente.

Pensamos que sería mejor referirse a los que ejerzan la patria potestad y no señalar únicamente "la persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio...", pues de ésta forma no se comprenden los casos en que ambos padres o abuelos estén en el pleno ejercicio de la patria potestad.

El artículo 428 nos proporciona la división de los bienes del hijo y dice que se dividen en dos clases:

I.- Bienes que adquiere por su trabajo.

II.- Bienes que adquiere por cualquier otro título.

No encontramos la necesidad de abundar sobre esta clasificación que a nuestro juicio es bastante simple; sólo apuntamos respecto a la segunda clase de bienes, que dentro de ellos pueden estar considerados los obtenidos por herencia, legado, donación, rifa, lotería o por hallazgo casual.

Respecto de los primeros bienes, esto es, los que adquiere el hijo por su propio trabajo, corresponde a éste tanto en su propiedad, administración y usufructo.

Es lógico que pertenezcan al hijo tanto la propiedad, administración y usufructo, pues consideramos que si el hijo fue lo suficientemente capaz para la adquisición de tales bienes, lo será también para administrarlos, conservarlos y obtener el usufructo correspondiente.

El derecho de usufructo existe tanto en la familia legítima, como en la familia natural.

En cuanto a los bienes considerados en la segunda parte del artículo 428, la propiedad y la mitad del usufructo pertenece al hijo; la administración y la otra mitad de dicho usufructo, corresponden a la persona que ejerza la patria potestad.

Se hace la aclaración que en el supuesto de que los bienes que adquiere el hijo por herencia, legado o donación,

están sujetos a la voluntad del donante o testador en cuanto a que el usufructo pertenezca en exclusiva al hijo o bien que se destine a un fin determinado.

El artículo 431, consigna el derecho de los padres a renunciar a la mitad del usufructo que les corresponde, sólo con la condición de que dicha renuncia sea por escrito o de cualquier modo que no deje lugar a duda.

Evidentemente que si alguno de los padres llega a perder la patria potestad, cesará automáticamente el usufructo establecido a su favor.

Se comprende fácilmente la posibilidad de la renuncia si se toma en cuenta que el derecho de usufructo en favor de los padres se estima como una recompensa por la educación y cuidado que éstos proporcionan a sus hijos, luego pues, no necesariamente deberán los padres esperar la recompensa por la educación hacia sus hijos, que por otro lado no es sino un deber al que están obligados a cumplir por el sólo hecho de haberles dado la vida.

Tal vez el contenido del artículo 432, interesará más desde el punto de vista fiscal, que por lo que hace a las relaciones derivadas de la patria potestad, ya que, dice que la renuncia que hagan los padres en beneficio de los hijos, se considerará como una donación.

Este precepto, francamente no concuerda con el sentido netamente proteccionista hacia el menor, ya que está

fundado, no sólo en un aspecto materialista, sino fiscalista, por lo que entorpece la buena voluntad del ascendiente de renunciar su parte a favor del menor, con un impuesto bastante alto, que logra que el patrimonio del descendiente se vea menoscabado en beneficio del fisco, lo que desde luego frena las intenciones del donante.

Es verdaderamente notorio, el espíritu proteccionista que animó al legislador en la reglamentación que hizo para los casos en que los que ejercen la patria potestad, deban administrar bienes que pertenezcan a los sujetos a ella, así podemos ver, que tal vez extremándose un poco, fijó su atención hasta en detalles a nuestro modesto y personal modo de ver, como lo es la abstención de los padres de disfrutar de los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que éstos o los abuelos entren en posesión de los bienes que pertenecen al hijo.

El artículo 435, nos señala que 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 la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

Se puede interpretar el artículo antes transcrito, como la limitación a la libre disposición de los bienes del que está sujeto a la patria potestad, mientras que éste no cumpla su mayoría de edad o bien adquiera la emancipación.

Las limitaciones y restricciones que la ley impone a los que se encuentran en el ejercicio de la patria potestad, se encuentran previstas en el artículo 436 que textualmente expresa: Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se coticie en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos.

Por si no fuera bastante la protección al hijo en cuanto a sus bienes, con lo hasta aquí expuesto; el propio código civil en su artículo 437, impone al propio juez competente, la obligación de tomar las medidas necesarias para los casos en que se otorgue licencia a los que ejercen la patria potestad para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor; en el sentido de que, el producto de la venta, se dedique al objeto a que se destino y para que el resto se invierta en la adjudicación

de un inmueble o se imponga con segunda hipoteca en favor del menor.

Asimismo, se consigna que el precio de la venta se depositará en una institución de crédito y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial.

En relación a éste artículo sólo podemos decir que al hacer referencia a la persona que ejerce la patria potestad, excluye la posibilidad de que sean dos personas y en nuestro modo de ver sería mejor decir "quienes ejerzan la patria potestad, etc.".

Los que ejercen la patria potestad, son meros administradores de los bienes que pertenecen a los sujetos que están bajo dicha patria potestad, de tal suerte que se les prohíbe enajenarlos o gravarlos, ya que dichos actos son de dominio y no de administración.

Para 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.

Asimismo, se conceden facultades al juez para que tome las medidas necesarias con el propósito de impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan. Las medidas a que se refiere el legislador se tomarán a

instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso.

Podemos consignar como otra obligación a cargo del que o los que ejercen la patria potestad, consistente, en el deber de dar cuentas de la administración de los bienes del hijo.

Por último, en relación a los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos, señala que en cuanto éstos se emancipen, o lleguen a la mayoría de edad, les serán entregados por quienes ejercen la patria potestad sobre ellos, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

Del somero análisis de lo relativo a las relaciones y efectos de la patria potestad, refiriéndonos a los bienes del hijo, perfecta cuenta nos damos del abismo tan grande que existe entre la reglamentación de la patria potestad y sus efectos y el concepto que de dichas instituciones se observa en las legislaciones modernas y la reglamentación, concepto y naturaleza que tuvo en sus orígenes.

Al hablar de los orígenes de la patria potestad nos estamos refiriendo desde luego a la evolución histórica de la institución, cuyo objeto no ha sido el mismo, y por lo tanto, los derechos y obligaciones tampoco han sido los mismos, en cuanto hace a la persona y a los bienes.

En conclusión podemos decir que se muestra la

transformación profunda que ha sufrido el derecho de patria potestad: Esa palabra derecho, que se ha venido empleando tradicionalmente, no es apropiada. Se trata más que nada, repitámoslo una vez más, de deberes y de obligaciones. Ello no nos conduce a pensar que la patria potestad se haya debilitado: lo que ha cambiado es el fin para el cual la patria potestad debe ser ejercida, y debe subsistir para la protección del niño y de la familia.

Desafortunadamente muchos padres no responden a los deseos del legislador y desnaturalizan la institución de la patria potestad, ejerciéndola mal o desviándola de su papel natural, lo que ha obligado al legislador a intervenir en favor de la infancia desventurada.

4 . - E X T I C I O N

Una vez tratado el tema del principio o nacimiento de la institución de referencia, así como su desarrollo en las diferentes etapas y formas examinadas, pasaremos a analizar la manera de su terminación teniendo como base, las disposiciones legales del Código Civil positivo, vigente en el Distrito Federal y Territorios Federales.

Dentro de este capítulo debemos distinguir tres conceptos distintos que a nuestra forma de ver son los más relevantes: La extinción. La pérdida. La suspensión.

Dentro de la extinción, encontramos dos clases diferentes que la producen: Causas naturales, y causas legales.

Son causas naturales aquellas en las que no interviene la voluntad del hombre y se producen natural y fatídicamente; como la muerte del sometido a la patria potestad o la de los padres y demás ascendientes llamados a ejercerla subsidiariamente, y por último la mayor edad alcanzada por el menor.

En las causas legales encontramos formas de extinción demarcadas por leyes establecidas con ese fin, tales como la emancipación y la adopción, aunque ésta última al mismo tiempo es originadora de otra patria potestad diferente, respecto a los padres adoptivos.

En cuanto a la pérdida de la patria potestad existen grupos de causas que las originan:

1.- Delictivas; 2.- Culposas; 3.- Casuales e imprevisibles.

1.- Tienen carácter delictivo las causas que en virtud de una conducta antisocial se hace acreedora de una sanción penal la persona que la ejercita, o sea una infracción punible que el Código penal se ve obligado a aplicar, con privación de la libertad imposibilitado de hecho y moralmente el ejercicio de la patria potestad, sobre los menores, máxime cuando se trata de delitos como el de

corrupción de los hijos y de corrupción de menores en general.

2.- Tienen carácter culposos las que se producen por hechos de los que la detentan, respecto de sus sometidos, al violar deberes o ser incumplidos en sus obligaciones, como en el caso del exceso de corrección en lo referente a la educación del menor o en la mala disposición de los bienes del mismo, o lo que es aún más grave, en el abandono de ellos; pudiendo enmarcarse también en este origen la pérdida por causa de divorcio, cuando es declarado culpable uno de los padres en ese juicio.

Las causas imprevistas o casuales, como su nombre lo indica, no se pueden preveer y se originan casuísticamente, como la ausencia declarada al que la ejerce o por un motivo de incapacidad absoluta incurable como la demencia, la que viene a ser una causa patológica que impide su ejercicio inexorablemente.

La suspensión es la forma por la que una persona en pleno ejercicio de la patria potestad, se le decreta oficialmente que se le suspende en ese derecho, ya sea por ausencia o por incapacidad temporal debidamente declarada.

Pueden clasificarse los modos de terminar la patria potestad, en absolutos y relativos, según que extingan la patria potestad, en sí misma o con relación, a la persona que la ejerce. Los primeros implican causas de exclusión

temporal y los segundos son más bien, causas de la pérdida de la patria potestad.

Desde luego las formas que planteamos de extinción, las más drásticas son la muerte del que ejerce la patria potestad y la obtención de la mayoría de edad del que se encuentra sometido a ella, ya que ambas son inexorables y no pueden ser evitadas.

Otra de las características, es la de irrenunciabilidad o lo que es lo mismo el que tiene obligación de ejercerla, no puede por su propio derecho renunciar a su ejercicio lo que dejaría al menor, condenado a su propia suerte, con las consecuencias naturales que le producirían, por lo que el jurista con su sentido de protección hacia el que no pidió venir a esta vida, la convierte en irrenunciable ya que tutela en derecho subjetivo familiar, de carácter netamente social de orden público que no admite su renuncia.

No obstante lo anterior, el último precepto regidor de esta institución, menciona como causa de excusa del ejercicio de la patria potestad, el llegar a la edad de sesenta años, al igual que los que por su mala salud, no pudiesen desempeñarla eficientemente. Esta excepción es de gran importancia y provecho para el menor, ya que una persona que esté en las condiciones enunciadas no podrá eficientemente, desarrollar las funciones inherentes a su

responsabilidad, de ejecutar la potestad que se le confiere para ejercerla en beneficio del menor que le corresponda, y al excusarse lógicamente la patria potestad recaerá en las personas llamadas por la ley a substituir al que renuncia si los hubiere o en otro caso se procederá a abrir la tutela legítima.

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

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 el ordenamiento jurídico relativo, se encontraren impedidos para dicho ejercicio o bien no viviesen, se le nombrará al menor un tutor.

En cuanto a la emancipación, la misma se adquiere por el matrimonio, y en cuanto a los menores de dieciocho años que estén sujetos a patria potestad, tienen derecho a que se les emancipe con las condiciones de demostrar buena conducta así como su aptitud para el manejo de sus intereses.

Ahora bien, es preciso aclarar que el principio general reconocido en todos los códigos civiles que admiten el divorcio, es el de privar al cónyuge culpable de la patria potestad sobre los hijos y concederla al inocente. Asimismo, cuando el divorcio se decreta por alguna

enfermedad crónica e incurable, que se además de incurable, contagiosa o hereditaria, se concede la custodia de los hijos menores al cónyuge sano, y simplemente restringen el conjunto de derechos que otorga la patria potestad al cónyuge enfermo, sólo para evitar que pudiera contagiar a sus hijos a través de la convivencia.

El ejercicio de la patria potestad se pierde, de acuerdo con los diversos supuestos previstos en el artículo 444 del Código Civil, que dice:

La patria potestad se pierde:

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

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

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

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

En resumen, la patria potestad en el derecho moderno, sólo conserva del antiguo derecho romano, su

denominación y algunos principios esporádicos, que han permanecido intactos al transcurso del tiempo. Estos beneficios han redundado en beneficio de los menores y en cierto modo de la madre.

Así, encontramos en la legislación mexicana postulados, como la equiparación de los hijos legítimos y los naturales, la cooperación de ambos padres en el ejercicio de la patria potestad con iguales derechos y obligaciones; la substitución de su ejercicio, por parte de los abuelos.

CAPITULO CUARTO

DE LA TUTELA Y DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

1.- DEFINICION DE LA TUTELA.

Como se ha expuesto anteriormente, el Código Civil de 1928, resume la mayor parte de las doctrinas sancionadas por los códigos de 1870 y de 1884 sin arreglo al nuevo estado de cosas, posición corroborada a mi entender en la exposición de motivos que dice "...Nuestro Código actual (el de 1884), producto de las necesidades económicas y jurídicas de otras épocas elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y en el orden jurídico un exagerado individualismo, se ha vuelto incapaz de regir, LAS NUEVAS NECESIDADES sentidas y las relaciones que, aunque de carácter privado se hallan fuertemente influenciadas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresos y triunfos del principio de solidaridad..."...

"... la profunda transformación que los pueblos han experimentado a consecuencia de su desarrollo, económico, de la preponderancia adquirida por el movimiento sindicalista, del crecimiento de las grandes urbes, de la generalización del espíritu democrático, de los nuevos

descubrimientos científicos realizados y de la tendencia cooperativa cada vez más acentuada, han producido una crisis en todas las disciplinas sociales, y el derecho, que es un fenómeno social, no puede dejar de sufrir la influencia de esa crisis...". (*1)

Debido a éstas circunstancias, es como encontraremos los cambios más notables en nuestro código vigente, como lo es el hecho de que la mujer adquiere la capacidad para ser tutora, y otra serie de transformaciones, producto repito, de las nuevas necesidades.

En la tutela, tenemos por una parte, personas jurídicamente capaces que por ende son aptas para la protección de los menores de edad o incapacitados. El cargo civil de la tutela, es obligatorio.

La nota fundamental de la tutela, es el fin de protección y que hace de ella la más importante institución de guardería legal, establecida para defender y prestar asistencia a los incapaces cuando falta la patria potestad.

Es pues, una institución subsidiaria de ésta diferenciándose en que la patria potestad es de derecho natural, porque está organizada directamente por la naturaleza y sancionada por el Derecho positivo, mientras que la tutela está organizada directamente por el Derecho

(1).- CODIGO CIVIL DE 1884, EXPOSICION DE MOTIVOS.

tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley".

"En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413".

Como podemos observar la definición es idéntica a la dada por el código de 1884, con la adición del segundo párrafo, en el cual se establece la preferencia que debe dar el tutor a la persona del incapaz, sin embargo posteriormente veremos como este código vigente establece una serie de sanciones para el tutor negligente en relación a su administración en tanto que no se establece sanción para aquellos que no atienden debidamente a la persona de los incapaces, lo que por otro lado es de difícil apreciación.

Al igual que en la patria potestad, el Código Civil no nos proporciona una definición sobre lo que es la tutela; de la redacción y lectura del artículo 449, podemos definir a la tutela como: "La institución que tiene por objeto preferentemente la guarda de las personas, así como de los bienes de los que, no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o sólo la segunda, para gobernarse por sí mismos".

positivo sobre la base del Derecho natural.

La tutela es una patria potestad restringida; el tutor, tiene límites mayores por inspirar menor confianza, y esto, tanto por lo que se refiere al contenido personal como patrimonial. Veamos:

a).- Los menores incapacitados sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor, quien también podrá corregirlos moderadamente, aunque no con la amplitud del que ejerce la patria potestad.

b).- En cuanto a los alimentos, naturalmente el tutor, en la mayoría de los casos, no tiene la obligación de sufragarlos, a menos que, independientemente de su cargo de tutor, se halle obligado a hacerlo.

c).- La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse sino por causa legítima.

d).- El tutor debe hacer los gastos de alimentación y educación con arreglo a la condición del tutelado, y con estricta sujeción a las disposiciones de los padres.

A continuación, expondremos lo más relevante en materia tutelar, según lo que dispone nuestro Código Civil vigente.

Artículo 449.- "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

En consecuencia la tutela se da a los menores de edad que no se encuentran bajo la patria potestad de las personas a que se refiere el artículo 414 del Código Civil, o bien a los mayores de edad incapacitados que esten en estado de interdicción.

La tutela a los incapaces la desempeña el tutor, con la intervención del curador, el juez de lo familiar y del consejo Local de Tutelas. Es la tutela un cargo de interés público del que nadie puede eximirse sino por causa legítima; y sólo quienes tienen aptitud legal pueden desempeñar dicho cargo.

A continuación y para mayor ilustramiento, daremos la definición de tutela que hacen algunos autores.

Colin y H. Capitant, la definen de la siguiente forma: Tutela.- "Es el régimen de protección establecido por la ley en beneficio de los hijos menores después de la muerte de los padres, así como también de los incapacitados". (*2)

Notamos bastante deficiente la mencionada definición, ya que omite señalar lo relativo a los bienes de los menores, así como también que en caso de tratarse de mayores de edad, los constriñe exclusivamente a casos de

(2).- COLIN AMBROSIO Y H, CAPITANT. CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL, TITULO III, CAPITULO II, PAGINA 92.

locura.

Otro autor que no podemos olvidar, es el maestro Rafael de Pina, quien observa al respecto de los tutores: "Llámase tutor a la persona que cumple fundamentalmente de manera directa y personal los fines de la tutela". (*3)

Para Marcel Flaniol, según sus palabras, dice:

Tutela.- "Una función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en encargarse del cuidado de un incapaz, representarlo y administrar sus bienes". (*4)

Aunque es lo más aproximado a la definición conveniente de lo que es la tutela, es tan escueta, que deja al arbitrio de los demás comprender en que consiste ese cuidado y hasta donde llega esa representación.

Como podemos darnos cuenta, siempre que de definiciones se trate, ya sea en la patria potestad o en la tutela, encontraremos un cúmulo de éstas, que sin embargo siempre están faltas de algún elemento esencial, por lo cual hay que dirigirse al Código Civil, para no caer en ningún error al tratar con éstas instituciones tan importantes, que protegen los intereses de los menores y de los

(3).- DE PINA RAFAEL, INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL, TOMO II, PAGINA 264.

(4).- FLANIOL MARCEL, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL, TOMO II, PAGINA 317.

incapacitados, de los cuales es nuestro deber y obligación cuidar.

2.- PERSONAS SUJETAS A TUTELA

En el derecho de familia los sujetos que intervienen son personas físicas.

Excepcionalmente tenemos la ingerencia de algunos órganos estatales como ocurre en el matrimonio, la patria potestad y la tutela; también debe reconocerse la intervención del consejo de tutelas como un organismo estatal que en el código vigente tiene funciones importantes que cumplir.

La incapacidad de ciertos sujetos (menores no sujetos a patria potestad y mayores de edad privados de inteligencia o afectados en sus facultades mentales), origina que el derecho familiar regule relaciones específicas mediante la institución de la tutela, creándose así, como nuevos sujetos, a los tutores e incapaces, con el conjunto de derechos y obligaciones que marca la ley.

Estas personas, mantiene una relación tan estrecha, que en algunos casos, parecen hacer mas la vida familiar en donde existen lazos consanguíneos, que la fría relación entre personas extrañas que serían un tutor común con un

pupilo cualquiera.

Dice Rafael de Pina: "Llámase tutor a la persona que cumple fundamentalmente de manera directa y personal los fines de la tutela". (*5)

Esta definición, nos hace ver que la mayoría espera una relación impersonal, en la que se trata de que, una persona llamada tutor cumpla lisa y llanamente con su obligación para con el pupilo, sin importar si se establecen lazos afectivos y de comprensión, cosa importantísima para el desarrollo de cualquier menor.

En los términos del artículo 414, que establece el orden a que debe sujetarse el ejercicio de la patria potestad, y teniendo en cuenta también lo establecido en el 418, si falta el padre, la madre ejercerá la patria potestad y viceversa; a falta de ellos, entran los abuelos paternos, y a falta de éstos los maternos. El artículo 449 fija como primer requisito para que se abra la tutela, el que alguna persona no esté sujeta a patria potestad y en segundo lugar que tenga incapacidad natural y legal o sólo la segunda para gobernarse a sí mismo.

El artículo 450 del Código Civil hace la siguiente clasificación para mencionar cuales son las personas que

(5). - DE PINA RAFAEL, INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL, TOMO II, PAGINA 392.

tienen incapacidades y por que motivos son consideradas:

Artículo 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

- I.- Los menores de edad;
- II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos;
- III.- Los sordomudos que no saben leer ni escribir;
- IV.- Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

Con este artículo queda especificado quienes son considerados por la ley como los sujetos a tutela.

A continuación el artículo 451, establece que "los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo relativo al capítulo I del título décimo de este libro".

En tanto viven los padres de un hijo, la persona de éste y sus bienes se encuentran sometidos a la patria potestad. Esta pasa a la muerte de los padres a los abuelos paternos, y a falta de éstos, a los maternos. La tutela se abre cuando no existe ya persona en quien recaiga la patria potestad. En cuanto a la apertura de la tutela, debemos tener en cuenta dos preceptos importantes:

a).- "La tutela se desempeñará por el tutor con intervención del curador, del juez de lo Familiar y del

Consejo Local de Tutelas en los términos establecidos en este código". El cambio se introdujo porque antiguamente no había jueces de lo familiar, sino jueces pupilares.

b).- "Ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor y de un curador definitivos". (Art. 455)

Debemos tener muy en cuenta que "el tutor y el curador pueden desempeñar respectivamente la tutela o la curatela hasta de tres incapaces. Si éstos son hermanos, o son coherederos o legatarios de la misma persona, puede nombrarse un solo tutor y un curador a todos ellos, aunque sean más de tres". Antiguamente se dijo: "un tutor y un curador pueden desempeñar la tutela de varios incapaces".

Notemos un caso especial: "Cuando los intereses de alguno o algunos de los incapaces, sujetos a la misma tutela, fueren opuestos, el tutor lo pondrá 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" (artículo 457).

Los cargos de tutor y de curador de un incapaz no pueden ser desempeñados al mismo tiempo por una sola persona. Tampoco pueden desempeñarse por personas que tengan entre sí parentesco de cualquier grado de la línea recta, o dentro del cuarto grado de la colateral" (artículo 458).

La apertura de la institución de la tutela debe ser inmediata al fallecimiento de la última persona que ha

ejercido sobre el niño la patria potestad. Los jueces y parientes deben obrar con la necesaria rapidez, para que el menor o el incapacitado no queden nunca exentos de protección legal. lo cual es altamente peligroso. En nuestro país encontramos inclusive casos en que parientes sin conciencia de algún viudo o solterón difuntos, saliendo del entierro penetran sin derecho alguno en el último domicilio de éste, y extraen cuantas cosas de valor encuentran a mano. Lo mismo puede suceder con un menor. Es por ello la tutela una institución familiar. Casi podría decirse que el tutor se convierte en un miembro de la familia, aún en el caso en que ningún parentesco lo ligue con el menor.

La humanidad se encuentra sacudida en la actualidad por toda clase de conflictos internos e internacionales. No sería difícil ver que la última de las personas que ejerció la patria potestad llegare a desaparecer sin dejar rastro ni huella.

En principio, naturalmente, la ausencia no priva al ausente de la patria potestad, pero "si el ausente tiene hijos menores, que estén bajo su patria potestad, y no hay ascendiente que deba ejercerla conforme a la ley, ni tutor Testamentario ni legítimo, el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor..." (artículo 651).

Notemos igualmente que puede ser que la última de las personas en ejercicio de la patria potestad se vea

privada temporal o definitivamente de sus facultades mentales. En el primer caso, se la suspenderá del ejercicio de la patria potestad, en tanto duran las circunstancias que dieron nacimiento a la incapacidad. En el segundo caso, la patria potestad de hecho ya no podrá ser desempeñada por el ascendiente, y habrá de nombrar tutor al menor o al incapacitado en términos de ley (artículo 447). Dice este precepto que "La patria potestad se suspende: I.- Por incapacidad declarada judicialmente; II.- Por la ausencia declarada en forma; III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión".

En cambio el artículo 460, expresa que "cuando fallezca una persona que ejerza la patria potestad sobre un incapacitado a quien deba nombrarse tutor, su executor testamentario, y en caso de intestado los parientes y personas con quienes haya vivido, están obligados a dar parte del fallecimiento al juez de lo familiar dentro de ocho días, a fin de que se provea a la tutela, bajo pena de veinticinco a cien pesos de multa" (la sanción no puede ser más irrisoria dados los perjuicios que puede sufrir el menor).

Los jueces del Registro Civil, las autoridades administrativas y las judiciales tienen obligación de dar aviso a los jueces de lo familiar de los casos en que sea necesario nombrar tutor y que lleguen a su conocimiento en

el ejercicio de sus funciones".

En realidad cualquier empleado público, cualquier particular, deben dar inmediato aviso al juez de lo familiar de que la persona y los bienes de un incapacitado corren algún peligro.

Tengamos en cuenta que "No pueden ser nombrados tutores o curadores las personas que desempeñen en juzgado de lo Familiar y las que integren los Consejos Locales de Tutelas; ni los que estén ligados con parentesco de consanguinidad con las mencionadas personas, en la línea recta sin limitación de grados, y en la colateral dentro del cuarto grado, inclusive" (artículo 459).

El artículo 519 establece que los tutores deberán prestar caución para asegurar su manejo y deberá consistir en:

I.- En hipoteca o prenda.

II.- En fianza.

Algunos tutores están exceptuados de ésta obligación en atención a la confianza que merecen, como los testamentarios, si así lo consignó expresamente el testador, el que no administre bienes, el padre, la madre y los abuelos salvo que el juez lo crea conveniente, o bien los que acojan a un expósito y lo alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, a no ser que hayan recibido pensión por él.

Siempre deberá el tutor dar hipoteca o prenda para caucionar su manejo y sólo en defecto de éstos se le admitirá la fianza, solución muy razonable si tomamos en cuenta el carácter casi nulo de las fianzas en la práctica. Y en caso de que la hipoteca o prenda no bastaren a cubrir la cantidad que ha de asegurar, se admitirá fianza por el resto, la hipoteca o prenda o en su caso la fianza se darán:

I.- Por el importe de las rentas de los bienes raíces en los últimos dos años, por los réditos de los capitales impuestos durante el mismo tiempo.

II.- Por el valor de los bienes muebles.

III.- Por el de los productos de las fincas rústicas en dos años, calculados por peritos o por el término medio en un quinquenio a elección del juez.

IV.- En las negociaciones mercantiles o industriales por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles, calculados por los libros si están llevados en debida forma o a juicio de peritos.

Con todos éstos requisitos hasta cierto punto exagerados, es lógico que para el tutor representa una carga demasiado pesada el ser designado para dicho puesto, que por lo general en la mayoría de los casos, nunca deseo obtener el cargo y no le beneficia en nada.

Artículo 528.- Desde luego que si los bienes

aumentan o disminuyen la garantía podrá también aumentar o disminuir según el caso, competen al tutor, al curador, al Ministerio Público o al Consejo Local de Tutelas dicha facultad o pedimento.

Artículo 529.- El juez será responsable subsidiariamente con el tutor de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido que se caucione el manejo de la Tutela.

El plazo acordado para que el tutor cumpla con esta obligación es de tres meses, cumplidos los cuales, se procederá a el nombramiento de nuevo tutor, corriendo este plazo a partir del día de su nombramiento, (artículo 530).

Esta situación puede motivar, que mediante la simulación de falta de prenda o hipoteca, el tutor designado, haga caer en el error al juez, con la intención de liberarse del cargo impuesto, lo que se evitaría al no ahogar con tantos requisitos exagerados y costosos para el funcionamiento del tutor.

El tutor no puede administrar los bienes, en caso de que los haya, sino hasta después de que haya sido nombrado curador.

El tutor que haya entrado a la administración de los bienes, sin que previamente se haya nombrado curador, será responsable de los daños y perjuicios y además separado de la tutela, más ningún extrañío puede rehusarse a tratar

con él, Judicial o Extrajudicialmente alegando la falta de curador. (Artículo 536).

El desempeño de la tutela, en líneas generales, y dentro de lo sancionado en nuestra actual legislación tiende a proteger al menor en todos sus aspectos, y a hacer cumplir al tutor con lo sancionado en el artículo 537, en el que se señala que el tutor está obligado a:

I.- Alimentar y educar al incapacitado;

II.- A destinar de preferencia, los recursos del incapaz a la curación de sus enfermedades o a su regeneración si es un ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas.

III.- A formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad, éste término no podrá ser mayor de seis meses.

IV.- A administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernimiento y mayor de 16 años.

No podemos decir que el pupilo se encuentre en modo alguno desamparado por la ley, ya que como vemos, ésta trata de cubrir todos los detalles para su cuidado, pero creemos

que se exagera el modo de tratar en forma tan rigurosa al tutor, como si anticipadamente estuviésemos tratando con un delincuente al que hay que cuidarle cada uno de sus movimientos, sin tomar en cuenta que desempeña un cargo que no pidió, y que además se necesita para la protección del pupilo mismo, que lo ejerza de buen grado para la mejor integración entre pupilo y tutor.

Artículo 606.- La tutela se extingue:

I.- Por la muerte del pupilo o porque desaparesca su incapacidad.

II.- Cuando el incapacitado sujeto a tutela entre a la patria potestad, por reconocimiento o por adopción.

Como podemos observar la tutela no termina por causas imputables al tutor, toda vez que es reemplazado de inmediato por otro, no obstante que sus herederos o él mismo si sólo es separado de su cargo, deben rendir cuentas generales por el tiempo en que se hayan mantenido en su cargo.

3.- CLASES DE TUTELA

Hemos visto que la tutela se desempeña obviamente por el tutor. Tiene el tutor a su cargo, la guarda de la persona y la administración de los bienes del incapaz, así como su representación; y los diversos organismos estatales

tienen como función la de vigilar la actuación del tutor, quien para desempeñar su cargo, debe otorgar una garantía para asegurar su manejo, dicha garantía puede ser hipoteca, prenda o fianza.

Ahora bien, se conservan hasta la fecha la antigua clasificación de las diversas clases de tutela que tuvieron lugar desde el derecho romano; a saber dichas tutelas son:

TESTAMENTARIA, LEGÍTIMA Y DATIVA.

TUTELA TESTAMENTARIA.- Como su nombre lo indica, es la que se designa por testamento y que puede tener lugar así:

a).- Por el último ascendiente del menor que esté ejerciendo la patria potestad, aunque exista persona que después de la muerte del testador pueda desempeñar esa patria potestad;

b).- La que se establece con el objeto de que se administren los bienes que por testamento se dejen a un incapaz que no está bajo patria potestad ajena ni propia;

c).- La que se designa en testamento por el padre o la madre que ejerzan la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, cuando uno de ellos ya hubiere fallecido o no pueda legalmente desempeñar la tutela.

Según Colín y Capitán, nos dicen en cuanto a la tutela testamentaria que:

"La elección de tutor por el padre o la madre últimamente muertos está sometida a dos condiciones:

1.- Una condición de forma.- Por testamento o declaración ante juez de paz.

2.- Una condición de fondo.- Que podrá ser cuando detentan ellos mismos (los padres) la tutela. (*6)

Asimismo, el tutor no podrá entrar en la administración de los bienes del incapaz, sin que antes se le nombre curador, bajo la sanción de que si entrare sin estar cumplido este requisito, será separado de la tutela y condenado al pago de los daños y perjuicios que hubiese ocasionado.

Si bien a primera vista parece que la patria potestad no puede ser objeto del contenido de un testamento, dispone nuestro artículo 470 que "el ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414, tiene derecho aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerzan con inclusión del hijo póstumo"

"El nombramiento de tutor testamentario hecho en los términos del artículo anterior, excluye del ejercicio de

(6).- COLIN AMBROSIO Y H. CAPITANT, CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL, TOMO II, VOLUMEN I, PAGINA 106.

la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados" (artículo 471).

Naturalmente, "si los ascendientes excluidos estuvieren incapacitados o ausentes, la tutela cesará cuando cese el impedimento o se presenten los ascendientes, a no ser que le testador haya dispuesto expresamente que continúe la tutela" (artículo 472).

Parece a primera vista que únicamente los ascendientes tienen esa facultad de nombrar un tutor a un incapacitado, pero no es así. "El que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje". "Si fueren varios los menores, podrá nombrárseles un tutor común, o conferirse a persona diferente la tutela de cada uno de ellos observándose, en su caso, lo dispuesto en el artículo 457". (Artículos 473 y 474)

Hay otro caso interesante: "El padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario si la madre ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela. La madre en su caso, podrá hacer el nombramiento de que habla este artículo (475).

Establece terminantemente la ley en su artículo 476

que: "En ningún caso hay lugar a la tutela testamentaria del incapacitado"

En nuestro derecho histórico, únicamente podía nombrarse tutor testamentario a los menores. La facultad de nombrar tutor al que hubiere dejado al menor o incapacitado, herencia o legado de importancia, se halla en la fisonomía propia de protectorado económico que la tutela adquiere al perder el carácter de potestas que en el derecho romano antiguo tuvo, y es natural, que al mirarse como una facultad patrimonial enlazada directamente con los sistemas patrimoniales, se diga que es el interés de afecto hacia los menores, aunque sólo fuese interés patrimonial.

Interesante es considerar, siendo el testador supremo legislador sobre su patrimonio y sobre sus derechos, cuanto dice la ley al respecto en su artículo 479: "Deben considerarse todas las reglas, limitaciones y condiciones puestas por el testador para la administración de la tutela, que no sean contrarias a las leyes, a no ser que el juez, oyendo al tutor y al curador, las estime dañosas". Vemos que en este caso de excepción, la voluntad del juez se sustituye a la del testador, cosa que jamás debe ocurrir en otra ocasión. Pero como se observa, es preciso tomar en cuenta las consideraciones del tutor.

"El testador puede en efecto nombrar tutor testamentario, reconocer hijos, confesar deudas, aconsejar y

orientar a sus familiares respecto a lo que sea conveniente para ellos en relación con la educación de los hijos, disponer sobre su entierro, etc., expresiones de voluntad que si bien no tienen todas la misma fuerza legal, no por ello dejan de ser "...disposiciones de última voluntad". y cuya eficacia según las enseñanzas de la experiencia es en todo innegable". (*7)

En principio la tutela ha de ejercerse por un solo tutor. Ello no impide que el ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad... "nombre un tutor para cada uno de los menores, o bien, pueda hacer diversos nombramientos a fin de que se sustituyan unos a otros los nombrados". "Siempre que se nombren varios tutores, desempeñará la tutela el primer nombrado, a quien sustituirán los demás por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción". "Lo dispuesto en el artículo anterior no regirá cuando el testador haya establecido el orden en que los tutores deben sucederse en el desempeño de la tutela" (artículos 477 y 478).

Con esto damos terminado lo relativo a la tutela testamentaria y aunque ha sido analizada en una forma breve.

(7).- DE PINA RAFAEL, DERECHO CIVIL MEXICANO, TOMO II. PARTE V, BIENES Y SUCESIONES, PAGINA 264.

esperamos. haya quedado clara su formación y de esta forma pasamos al estudio de la siguiente forma de tutela.

TUTELA LEGITIMA.- Estaremos en presencia de la tutela legítima en los siguientes casos:

a).- Cuando se trate de menores y no exista persona que ejerza la patria potestad ni tutor testamentario y cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio. Esta clase de tutela legítima relativa a los menores, corresponde a los hermanos, de preferencia a los que lo sean por ambas líneas, a falta o por incapacidad de éstos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive;

b).- Cuando se trate de mayores de edad dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios consuetudinarios y de los que abusen de drogas heróicas, la tutela corresponde: a los hijos mayores de edad respecto de su padre o su madre viudos; al padre y por muerte o incapacidad de éste, a la madre respecto a sus hijos viudos, solteros cuando no tengan hijos; a la falta de todos estos, desempeñan esa tutela legítima; Los abuelos paternos; el materno y los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

c).- Cuando se trate de los menores abandonados o depositados en establecimientos de beneficencia, la tutela legítima corresponde a la persona que haya recogido al expósito y a los directores de aquellos establecimientos; en este último caso no es necesario el discernimiento de la

tutela.

Es la tutela legítima la deferida por la ley en defecto de la testamentaria. Es decir, tiene como en el Derecho romano, carácter subsidiario. Esta tutela, es cualidad y atributo intrínseco de ciertas personas, de los parientes, por consecuencia de su parentesco; pero como se restringen los llamamientos en interés del menor, por lo que parece reconocer la preferencia de la tutela dativa que permite la apreciación de las condiciones personales del tutor. Nuestro código distingue diversas clases de tutela legítima: la de los menores; la de los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes; y la de los menores abandonados en establecimientos de beneficencia.

Explica el artículo 483, a quienes corresponde ejercer la tutela legítima:

I.- A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas;

II.- Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive.

Si hubiere parientes del mismo grado, el Juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido 16 años, él hará la elección.

Creemos que estas innovaciones del Código actual,

son un tanto burdas, ya que si la muchacha mayor de 14 años puede elegir esposo, ¿porqué se le priva del derecho de elegir tutor?. La falta temporal del tutor legítimo se suplirá en los términos establecidos en los artículos que anteceden al 485.

Se ocupa el capítulo cuarto del título noveno del libro primero de nuestro código, de la tutela legítima de los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes.

Evidentemente no se puede nombrar tutor a los locos, dementes y sordomudos mayores de edad, sin que proceda la declaración de que son incapaces para administrar sus bienes. Lo mismo sucede entre nosotros. Es evidente que la declaración de incapacidad pueden solicitarla el cónyuge y los parientes del presunto incapaz que tengan derecho a sucederle ab intestato, pero el Ministerio Público habrá de intervenir cuando se trate de dementes furiosos, cuando no exista pariente alguno o cuando éstos no hicieren uso de la facultad que se les concede, cuando el cónyuge y los herederos del presunto incapaz sean menores o carezcan de la personalidad necesaria para comparecer en juicio. En todos estos casos los Tribunales nombrarán defensor para el presunto incapaz que no quiera o que no pueda defenderse. En los demás casos será defensor el Ministerio Público.

Los cónyuges son tutores obligados entre sí, los

hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre viudos, prefiriéndose siempre al hijo que viva con el padre incapaz, si son varios los que estén en dicho caso, el juez elegirá a su arbitrio. En nuestra legislación los padres no pueden ser tutores de sus hijos ya que la ley les concede la patria potestad, sin embargo una vez que son mayores de edad los padres pueden ser tutores si les sobreviene alguna incapacidad de las enumeradas anteriormente.

Nuestro Código supone con justicia que cuando una persona acoge a un menor expósito y le brinda su protección se presupone buena fe, lo que es necesario ayudar otorgándole la tutela del menor, con todas las facultades y restricciones del caso, es decir con todos los derechos y obligaciones de los demás tutores, sin embargo se requiere del discernimiento del cargo. Artículo 492. Por lo mismo los directores de casas en que se reciban expósitos, tendrán la tutela de los mismos condicionada sin embargo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento, con la única diferencia con respecto al caso anterior que no es necesario el discernimiento del cargo.

T U T E L A D A T I V A

Artículo 495: La tutela dativa tiene lugar:

I.- Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien conforme a la ley, corresponda la tutela legítima.

II.- Cuando el tutor testamentario esté impedido

temporalmente de ejercer su cargo, y no hay pariente de los designados en el artículo 483.

La ley concede al menor la facultad de elegir libremente a su tutor en el supuesto de que tengan cumplidos dieciséis años, desde luego el juez deberá confirmar la designación, en caso de que el menor no tenga dieciséis años cumplidos, o bien que el juez no apruebe el nombramiento del tutor propuesto por él, se nombrará tutor por el juez de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas, oyendo al Ministerio Público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor, el juez es responsable de los daños y perjuicios que tenga el menor por no efectuar oportunamente el nombramiento de tutor.

La tutela dativa siempre tiene lugar en los asuntos judiciales del menor emancipado. Nuestra legislación prevee el caso de los menores que no teniendo bienes, ni tutor testamentario ni parientes que puedan ejercer el cargo de tutores legítimos, puedan quedar desamparados al efecto nuestra legislación establece en su artículo 500 que a los menores de edad que no esten sujetos a patria potestad ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo. La tutela en este caso tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba la educación que corresponde a su posibilidad

económica y a sus aptitudes. El tutor será nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas. Del Ministerio Público, del mismo menor y aún de oficio por el juez.

Además de las personas que tienen obligación de desempeñar la tutela y que aparecen en las listas formadas por el Consejo Local de Tutelas la tienen también conforme a el artículo 501:

I.- El Presidente Municipal del domicilio del menor.

II.- Los demás regidores del ayuntamiento.

III.- Las personas que desempeñen la autoridad administrativa en los lugares en donde no hubiere ayuntamiento.

IV.- Los profesores oficiales de Instrucción Primaria, Secundaria o Profesional, del lugar donde vive el menor.

V.- Los miembros de las juntas de Beneficencia Pública que disfruten de sueldo del Erario.

VI.- Los directores de establecimientos de Beneficencia Pública.

Tengamos en cuenta que el menor que ya haya cumplido 16 años tiene derecho a designar a su tutor. Dice el artículo 496: El tutor dativo será designado por el menor, si ha cumplido 16 años. El juez de lo familiar confirmará la designación, si no tiene justa causa para

reprobarla. Para reprobar las ulteriores designaciones que haga el menor, el juez oirá el parecer del Consejo Local de Tutelas. Si no aprueba el nombramiento hecho por el menor, el juez nombrará tutor conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

No es ocioso recordar aquí, que en derecho romano antiguo, las facultades que el tutor ejercía sobre el pupilo se concebían como un poder sobre el patrimonio del mismo. El tutor, en la gestión patrimonial del pupilo, no obraba como un mero representante, sino como dueño y señor y por virtud de un derecho propio; en consecuencia, no podía obligar por sus negocios al pupilo, sino que todas las obligaciones que de éstos se derivaren sólo le afectaban a él. Otro tanto ocurría con las adquisiciones que el tutor realizara en interés del menor. En principio, por lo menos según el derecho antiguo, ingresaban en su propio patrimonio, no en el de el pupilo. Consecuencia de esta posición jurídica de señorío del tutor fue también su facultad de disponer, como propietario de todas las cosas pertenecientes al pupilo; podía enajenarlas y empeñarlas. Hasta el derecho clásico, estas amplísimas facultades del tutor no fueron objeto de limitaciones. Estos amplios poderes del tutor, sin embargo, no excluyeron por completo la libertad de disposición del pupilo sobre su patrimonio, ya desde un principio se permitió a éste concluir por sí negocios, si poseía la

capacidad necesaria para ello, de la cual era requisito fundamental haber salido de la edad de la infancia. En este caso, la intervención del tutor quedaba restringida a dar su asentimiento a los negocios del menor que era necesaria siempre que el negocio no le produjere exclusivamente un enriquecimiento patrimonial. Transformado este asentimiento en el derecho nuevo en una simple autorización, fue en tiempos antiguos un acto formal de declaración solemne de conformidad o fortalecimiento del negocio del pupilo.

Nuestra legislación en sus artículo 503 y siguientes, aborda primero el problema de las personas inhábiles para el desempeño de la tutela y de las personas que deben ser separadas de ella.

A continuación, explica lo concerniente a las excusas para el desempeño de la tutela. Notemos que podríamos decir que hay personas inhábiles que lo son sin culpa alguna; en cambio otros lo son por motivos a los que ellos mismos han dado lugar. Distinción teórica que en la práctica carece de consecuencias de cualquier naturaleza.

Asimismo, el artículo 503, enumera a las personas que no pueden ser tutores, y el artículo 504, señala a los tutores que deberán ser separados de su cargo.

Hay causas que, taxativamente determinadas por la ley y debidamente justificadas, eximen o dispensan de la obligación de ejercer las funciones de tutor. A diferencia

de la incapacidad que supone imposibilidad de ejercer el cargo en la persona en quien recae, aun en contra de su voluntad, la excusa presupone capacidad, es voluntaria y sólo evita el ejercicio de la tutela para el que la alega.

4.- LA TUTELA EN LAS SUCESIONES

"Tiene por objeto (el testamento), la trasmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por la muerte, o la declaración o cumplimiento de deberes, como reconocer un hijo, nombrar un tutor, aunque nada se disponga respecto de los bienes, o a pesar de que el testador no tenga bienes de ninguna clase". (*8)

En los juicios sucesorios actúa una gran variedad de personas con fines de muy distinta naturaleza.

En el cumplimiento de la función jurisdiccional; el juez y el tribunal de segunda instancia, en su caso.

En calidad de partes: herederos, legatarios y acreedores.

En representación del Ministerio Público: los funcionarios al servicio de esta Institución.

En representación de la personalidad del causante

(8).- ROJINA VILLEGAS RAFAEL, DERECHO CIVIL MEXICANO, TOMO III, SUCESIONES VOLUMEN II, PAGINA 10.

los albaceas.

Todo ello sin olvidar a los tutores y representantes que pueden concurrir en los casos previstos en la ley, ni a los cesionarios, que pueden presentarse, aunque muy raramente.

El juez es el funcionario público encargado de aplicar en el caso concreto normas legales pertinentes para llegar a la ejecución de la voluntad del causante.

Los actos procesales que el juez realiza en los juicios sucesorios han sido asimilados a los de jurisdicción voluntaria. Esta asimilación rigurosa es inadmisibile. En los juicios sucesorios se producen actos como los que se refieren al depósito de dinero y alhajas, al nombramiento de tutor especial, o a la aprobación del inventario, por ejemplo, que tienen una innegable similitud con los actos de jurisdicción voluntaria, pero, aparte de que no deben ser considerados aisladamente, sino en relación con los demás que integran el procedimiento, hay que tener en cuenta que el juez, en estos juicios, reconoce (o no) como herederos a los que están nombrados en las porciones que les corresponden; resuelve sobre la validez del testamento y la capacidad de los interesados; hace la declaración de herederos ab intestato (o la deniega); aprueba (o reprueba) la partición, y que las resoluciones que al efecto dicta son de una naturaleza bien distinta de la de los actos de

jurisdicción voluntaria.

La intervención de los herederos tiene por objeto conseguir la adjudicación de la porción hereditaria que les corresponda; la del legatario, la obtención del legado.

En su calidad de interesados en la partición, los acreedores y legatarios pueden oponerse a que se lleve a efecto; los acreedores hereditarios legalmente reconocidos, mientras no se pague su crédito, si ya estuviere vencido, y si no lo estuviere, mientras no se asegure debidamente el pago, y los legatarios de cantidad, de alimentos, de educación y de pensiones, mientras no se les pague o se garantice legalmente el derecho.

El Ministerio Público garantiza, en los juicios sucesorios, como en todos aquellos en que debe intervenir, el interés público en el ejercicio de la jurisdicción.

De éstas figuras, podemos incluir unas palabras del maestro Antonio de Ibarrola:

"Por otra parte sucede a menudo que algunos funcionarios judiciales o miembros del consejo de tutela son, de una rigidez; de una severidad, y muestran una desconfianza tales, que hacen bien penosa la gestión del tutor. Las peticiones de autorización entrañan, en todo caso, retraso y gastos, en forma tal que el tutor muchas veces se cuida simplemente de abstenerse de llevar a efecto determinados actos, que por otra parte son altamente

aconsejables para la gestión de los bienes del incapacitado". (*9).

Hemos visto que la tutela testamentaria en los juicios sucesorios en que haya herederos o legatarios menores que no tuvieran representante legítimo, dispondrá el tribunal que designen un tutor si han cumplido dieciséis años. Si no tienen esta edad, el juez nombrará uno a los menores.

Asimismo, en los juicios sucesorios el Ministerio Público representará a los herederos ausentes mientras no se presenten o no acrediten su representante legítimo, a los menores o incapacitados que no tengan representantes legítimos.

No existe disposición alguna que determine que por el hecho de haber menores en un juicio sucesorio, corresponde ejercitar las acciones de la sucesión al autor, ya que éste tiene obligación de vigilar la conducta del albacea y discutir con él todos aquellos puntos que puedan perjudicar los intereses de los menores, mas nunca intentar una acción en contra de los terceros, pues, como se tiene manifestado, eso sólo es incumbencia del albacea o del interventor. Las facultades del tutor testamentario, por lo

(9).- ANTONIO DE IBARROLA, SUCESIONES, DERECHO DE FAMILIA, PAGINA 474.

que hace a la persona y a los bienes y derechos del menor, son limitativas y entre ellas no está la de desistirse de un recurso que afecte directamente a los derechos patrimoniales del menor; y los tribunales para poder admitir el desistimiento, deben cerciorarse de que existe autorización judicial, concedida en todas las formalidades legales para que el autor pueda hacerlo; asimismo, tampoco puede celebrar transacciones respecto de los bienes del menor, sin la ya dicha autorización judicial.

En todos aquellos casos en que el tutor o el representante legal, de algún heredero menor o incapacitado tenga interés en la herencia, se nombrará a estos por el juez un tutor especial para el juicio o hará que lo nombren ellos si tuvieran edad para hacerlo. La intervención del tutor especial se limitará a aquello en que se manifieste la incompatibilidad.

A continuación, mencionaré las jurisprudencias más allegadas a la materia en cuestión.

TUTORES EN LOS JUICIOS SUCESORIOS.

"En nada afecta los intereses jurídicos de una sucesión la circunstancia de que la representación del menor heredero, haya recaído en un tutor dativo y no en un tutor legítimo, pues éstos solo podrían tener interés en combatirlo, el mismo menor afectado con la representación asignada o más bien, de una manera inmediata, las personas

que tuvieren algún interés en dicha representación, por considerar que a ellos les corresponde la tutela legítima, en consecuencia, si es la sucesión la que promueve el juicio de garantías contra las resoluciones que nombren a un tutor dativo, dice la Suprema Corte de Justicia de la Nación que habrá de considerarse notoriamente improcedente". (*10)

Esto se señala para los efectos de ilustrarnos un poco más en el sentido de que el menor nunca queda desprotegido bajo ninguna circunstancia.

TUTOR JUDICIAL EN LAS SUCESIONES.

"Si por oposición de intereses que pueda existir en un juicio sucesorio, entre el menor designado albacea y su padre, el juez resuelve que el albaceazgo se desempeña por medio de un tutor especial nombrado al menor, es claro que la representación del tutor, debe ejercerse en todos los actos en que pueda existir dicha oposición de intereses, para establecer que, cuando no exista, sea el padre quien desempeñe por el menor el albaceazgo, tanto porque este solo puede ejercerse por una sola persona, en atención, a que la sucesión constituye una universalidad que no permite que ese cargo se ejerza simultáneamente; por el ascendiente y el tutor, cuanto porque, la oposición de intereses entre el

(10).- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, PAGINA 2512, TOMO LXXV, 30 DE ENERO DE 1943, 4 VOTOS.

edad del pupilo, sin que se le exija la rendición de cuentas por parte de éste, la incapacidad del ex tutor subsistirá mientras no se haya prescrito la acción respectiva. Esto se justifica al pensar que efectivamente pueden existir personas que aprovechándose del cargo que ocupan, presionen a su pupilo para que los nombre herederos de sus bienes, o bien para evitar entregar cuentas en caso de existir malos manejos de su parte.

Según la preceptiva en cuestión, aún luego de cesada la tutela se invalida la institución si las cuentas no están aprobadas. Pero si las cuentas fueron presentadas y no fueron observadas en el plazo de treinta días habrán quedado tácitamente aprobadas, por lo que caerá la prohibición de heredar al tutor, aquí podríamos decir, que es justo que si un testamento que de alguna forma sería nulo en su origen por contrariar esta prohibición, quedaría confirmado o revalidado si al momento de la muerte del testador la tutela había concluido y las cuentas habían sido aprobadas. Seguimos con la idea de que si bien podría existir alguna persona que actuara de mala fe, también es cierto que la mayoría ejercen su cargo lo más apegado a derecho o justicia y, por lo tanto sería injusto no darles la oportunidad de que bajo el amparo de un buen ejercicio de sus funciones como tutor, y una vez comprobado al haber revisado las cuentas y encontrar todo en orden, pueda ser

que hace a la persona y a los bienes y derechos del menor, son limitativas y entre ellas no está la de desistirse de un recurso que afecte directamente a los derechos patrimoniales del menor; y los tribunales para poder admitir el desistimiento, deben cerciorarse de que existe autorización judicial, concedida en todas las formalidades legales para que el autor pueda hacerlo; asimismo, tampoco puede celebrar transacciones respecto de los bienes del menor, sin la ya dicha autorización judicial.

En todos aquellos casos en que el tutor o el representante legal, de algún heredero menor o incapacitado tenga interés en la herencia, se nombrará a estos por el juez un tutor especial para el juicio o hará que lo nombren ellos si tuvieran edad para hacerlo. La intervención del tutor especial se limitará a aquello en que se manifieste la incompatibilidad.

A continuación, mencionaré las jurisprudencias más allegadas a la materia en cuestión.

TUTORES EN LOS JUICIOS SUCESORIOS.

"En nada afecta los intereses jurídicos de una sucesión la circunstancia de que la representación del menor heredero, haya recaído en un tutor dativo y no en un tutor legítimo, pues éstos solo podrían tener interés en combatirlo, el mismo menor afectado con la representación asignada o más bien, de una manera inmediata, las personas

padre y el menor, fue la causa que obligo al albaceazgo, sin que pueda después distinguirse si, en algún caso exista tal oposición, para que entonces el albaceazgo se desempeñe por el padre, porque crearía una situación sumamente irregular, aparte de que sería indispensable, que previamente, se resolviera en cada caso, la existencia o no existencia de esa oposición, lo que entorpecería las funciones del albacea". (*11)

Con esto, confirmamos nuestro concepto de la protección a los intereses del menor, quedando demostrado que ni aún en los casos en que se trata de relaciones entre el padre y el menor hijo, se deja al libre albedrío de el padre en su carácter de albacea el disponer o dar por sentado un consentimiento por parte del menor, para lo cual se le nombra un tutor que vigilará el sano desarrollo de las relaciones entre estos.

Los tutores de los menores de edad no pueden recibir cosa alguna por testamento de los menores que mueran bajo su tutela, aún después de que los tutores hubieren terminado la tutela, nada pueden recibir por testamento de los menores si las cuentas de su administración no están aprobadas. Por supuesto que, acabando la tutela por la mayor

(11).- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, PAGINA 75, TOMO XXV, 4 DE MAYO DE 1932. 4 VOTOS.

beneficiario de un testamento de su pupilo.

De esta forma vemos la importancia de la tutela en las sucesiones, la manera en que la ley protege a los menores en los casos de sucesión en que pueden intervenir los tutores para beneficio de de los pupilos, cuidándolos en su persona y en sus bienes.

5.- NECESIDAD DE QUE SE CONCEDAN ACTOS DE PATRIA POTESTAD AL TUTOR.

Hemos estudiado las características de la patria potestad y de la tutela, lo que nos conduce al encuentro de situaciones en que los tutores, a causa de la infinidad de requisitos, obligaciones y escasos derechos tienen un cargo que ejercer en una forma por demás meticulosa y pesada, hemos visto que la ley protege en forma por demás estricta al menor incapacitado, y por lo mismo notamos que en los casos en que se ejerce la patria potestad se establece una relación de seguridad y afecto que benefician indudablemente el desarrollo de los menores; pero hay que notar que con todos los grandes requisitos que se le piden al tutor y la carga de obligaciones que debe cumplir, la relación entre tutor y pupilo puede ser de desconfianza por parte del menor para con su tutor, cosa que se evitaría en beneficio del

menor al permitirle al tutor una relación más familiar y personal. Como vemos adelante, estas relaciones son necesarias, pero si permitimos que el tutor se parezca más a una persona que ejerce la patria potestad, podría conducirse de una manera más relajada, misma que uniría lazos de afecto entre estas personas y facilitaría el dar un consejo, orientación, y proyección de la vida del pupilo en una forma más segura.

Veamos los casos en que la patria potestad queda a cargo de uno sólo de los cónyuges:

La pérdida de la patria potestad puede trascender en muchos casos a los hijos, es decir moral o económicamente. Por su propia naturaleza es bilateral, en el sentido de que la sufren al mismo tiempo y cada parte a su modo, el ascendiente que la merece y los hijos que no han cometido ninguna culpa, sobre todo cuando por virtud de ella no pueden ver ni tratar familiarmente al otro cónyuge, lo que sucede con demasiada frecuencia. Hemos sido testigos de que sea el marido o la mujer que han triunfado en el juicio de divorcio pone toda clase de obstáculos para evitar que su consorte privado de la patria potestad visite, vea y trate a sus hijos porque se cree con derechos a hacer sufrir a los hijos y al ascendiente, de esa cruel manera.

Puede suceder que el cónyuge culpable, no obstante serlo, posea mejores dotes educativas para cuidar y educar a

sus hijos, por tanto, es irracional privarlo de todo derecho en materia tan importante.

Lo mismo ocurre con un tutor, que pudiendo ayudar al pupilo a su sano desarrollo moral, se ve limitado como un simple administrador y representante del menor, ya que si va mas alla de sus funciones, puede arriesgarse a que los demás familiares del menor, o cualquier otra persona, piense que lo hace con una doble intención de beneficiarse en lo personal con los bienes del menor.

Si bien el divorcio rompe el vínculo conyugal, no por eso se extinguen todas las obligaciones que derivan del matrimonio. Subsisten algunas de ellas como son las procedentes de la patria potestad y, en determinados casos, las que la ley impone al cónyuge culpable en beneficio del inocente, tales como las de suministrarle alimentos.

Ahora bien, como puede confiar el cónyuge culpable en que el inocente cuidará perfectamente del menor, si bien es culpable de haber fallado en su relación marital, pero esto no determina siempre que su relación con sus menores hijos sea mala; al contrario, puede ser mejor que la existente entre el cónyuge inocente y los hijos, por lo cual si anteriormente hubiese señalado tutor para sus hijos y éste tuviese facultades de patria potestad, podría tener la completa seguridad y tranquilidad en cuanto a la seguridad de sus hijos.

Como hemos visto, ya desde la época de los emperadores legisladores del gran Imperio Romano, empezaron a preocuparse por el futuro de los hijos menores al disolverse el vínculo matrimonial, base de toda la familia, y lazo de unión de las relaciones paterno filiales.

Justiniano se preocupó por la suerte de los hijos en caso de divorcio, ordenando que ellos quedasen en poder del cónyuge inocente, aún cuando fuere la madre.

Pasando al estudio de nuestro Código Civil, encontramos tres normas fundamentales en materia de patria potestad. Para determinadas causas de divorcio, el cónyuge culpable pierde definitivamente la patria potestad, aún cuando muera después el inocente. En tal caso, como no puede recobrar esa patria potestad, pasará a los abuelos, primero paternos y luego maternos y a falta de ellos, entonces el hijo quedará bajo tutela, en este caso, es cuando vemos la necesidad de que el tutor tenga facultades de patria potestad, ya que para que un menor que queda sin persona alguna que ejerza sobre él la patria potestad en las circunstancias en que fue dejado indefenso moralmente, es sin duda una persona que requiere del consejo y la seguridad moral que le podría brindar su tutor si se reviste de ese carácter y no sólo de la autoridad que se hará cargo de él y de sus bienes.

Una segunda norma hace privar al cónyuge culpable

de la patria potestad, mientras viva el inocente, para recobrar ese derecho a su muerte, aquí no se menciona la necesidad de que exista un tutor, ya que se supone que el ascendiente que en juicio de divorcio fue declarado inocente, tiene la capacidad para ejercer la patria potestad sin auxilio de nadie más.

Por último, tratándose del divorcio por causa de cierto de tipo de enfermedades, se restringe la patria potestad en cuanto al cónyuge enfermo, sólo para evitar, tratándose de enfermedades contagiosas, que pueda existir ese contagio, y por eso la custodia y la vida en común se establecerá en favor del cónyuge inocente. Desde mi punto de vista, creo que sería justo que el cónyuge enfermo pudiese señalar tutor a sus menores hijos, para poder cuidar de alguna forma mas directa el crecimiento de los mismos.

Ahora bien, en los casos de divorcio voluntario, existen en la demanda de éste, dos declaraciones de voluntad, una en cuanto al deseo de disolver el vínculo matrimonial, y la siguiente declaración de voluntad, es en lo referente a las estipulaciones del convenio que sirve de base al divorcio voluntario. Es en ésta donde es necesaria la intervención del tutor para proteger debidamente los derechos del menor y las obligaciones de todo orden que contrae, teniendo un carácter mas patenalista respecto del pupilo, pues sin tomar en cuenta las desaveniencias de los

divorciantes, se preocupará inclusive más que éstos en el bienestar de los menores.

Una vez señalado lo anterior, podemos decir al respecto que, analizar todas las circunstancias por las cuales un menor se puede ver en la necesidad de requerir un tutor, de una persona que se haga cargo de él y de sus bienes, sin que existan las trabas burocráticas por las que tiene que pasar un tutor, y que ayude a su pupilo de una manera mesurada en todos y cada uno de sus problemas, no solo en los de índole patrimonial que es su trabajo en cuanto a la administración de los bienes del pupilo, sino también en aquellos que de forma personalísima son problemas del menor para los cuales necesita de la orientación y consejo que le darían sus padres, si ésto lo puede hacer el tutor, estará ejerciendo funciones de patria potestad, que sólo redundarán en beneficio del pupilo y en el orden personal en una satisfacción completa y justa para el tutor.

Es importante no olvidar que la responsabilidad que la ley civil impone al tutor implica la importancia de su actuación, porque la intervención de un tutor afecta tanto el ámbito patrimonial como el moral de su pupilo. Entre el tutor y el pupilo existe una relación semejante a la de un padre y su hijo. La educación y cuidados que debe profesarle el primero al segundo, la orientación vocacional y moral que debe imbuirle corroboran mi dicho, y si a esto le añadimos

la administración de su patrimonio, se afirma su importancia y trascendencia.

6.- C O N S I D E R A C I O N E S J U R I D I C A S D E L P O R Q U E S E D E B E E J E R C E R L A P A T R I A P O T E S T A D E N L A T U T E L A .

En el presente estudio, voy a fundamentar la protección del menor, en los casos de conflicto que se presentan, dentro de su familia.

Al tratar de encuadrar las razones lógicas, que me impulsan a tal propósito, lo realizaré con el afán de encontrar la solución de proporcionarle en una forma más efectiva y afectiva, la protección que éste necesita, cuando en el ambiente familiar se suscita una controversia.

La forma idónea que tendría el tutor, si a éste se le permitiese ejercer actos de patria potestad en la relación con su pupilo.

En infinidad de ocasiones, los principales personajes de una controversia, son los padres. ¿Cual sería su condición siendo al mismo tiempo contendientes y representantes?

Para señalar un caso en que se encuentran los padres en un conflicto similar, me he auxiliado de la figura

del divorcio. Este, como una de las diferentes controversias, que se suscitan en el núcleo familiar.

Así, el artículo 266 del Código Civil dice: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges, en aptitud de contraer otro".

¿Cual es la situación del menor cuando sus padres se encuentran en dicha controversia?

El menor por su propia naturaleza, no puede externar su determinación ni sus sentimientos, en el conflicto del cual puede depender su vida futura. Si alguno de los cónyuges lleva la representación de éstos, no podría en una forma sincera expresar; tomando en cuenta puntos de valoración moral cual debe ser la verdadera situación del menor, ya que un padre por su misma calidad no puede ser imparcial, tratando siempre de retener la atención de los hijos y por lo mismo, no expresaría en quien debería recaer, la representación futura del menor.

Desde el punto de vista de la integridad familiar, siempre los padres deben ser los representantes de sus hijos; en cualquier conflicto que no sea de naturaleza familiar, pero en ocasiones como las mencionadas, no deben serlo, ya que ellos son los que encabezan la familia y por los mismos lazos afectivos que los unen, no podrían externar opiniones desfavorables para ellos mismos, ni tampoco diferenciar entre sus descendientes.

En lo relativo a la representación de los menores por sus abuelos, se puede hacer el enfoque en forma similar al de los padres, ya que éstos al encontrarse ante la situación de ser representantes de sus nietos en los conflictos descritos, tendrían que dirimir la misma controversia interna que sus hijos, siendo para ellos una carga moral, poder señalar con imparcialidad cuando se trata de que los hijos son contendientes en el conflicto del cual tratan de obtener la mejor solución.

La institución del Ministerio Público, es una de las más comentadas. Siendo la principal misión a desempeñar, la de cuidar que la ley sea respetada, esta es quizá la función primordial de la institución. Además de que se le escuchará cuando se refiera a la persona, o bienes de menores.

Asimismo, el Código Civil le da otras atribuciones cuando se trata de nombrar tutor a los menores que no se encuentran sujetos a patria potestad por alguna circunstancia, ya sea para nombrarles tutor, o para remover del cargo a éstos. Puede también requerir cualquier información al tutor acerca de la administración de los bienes del pupilo, pedir que se aumente la fianza del tutor o que se disminuya.

El Ministerio Público, tiene en los casos de menores, la representación oficial de tipo proteccionista,

por lo que, el papel que desarrolla se refleja en la persona de los mismos.

El Ministerio Público, cuando tiene intervención, no le dan la calidad idónea, porque si es verdad que se le impone la obligación de cerciorarse de que los intereses de los menores se encuentran protegidos, pero no le señalan la forma de que en función de su investidura evite injusticias que se cometen en perjuicio de personas indefensas como los menores.

El Ministerio Público, no puede hacerse cargo de la representación en todos los aspectos del menor, ya que la gran actividad que desarrolla por la cantidad de asuntos de que tiene conocimiento y la forma especial en que debe avocarse al estudio de cada uno de los mismos, siendo en esta forma imposible dedicarle la atención que se le debe prestar a los casos en los cuales los menores son sus representados, ya que a los mismos por su estado de indefensión personal ewn que se encuentran, necesitan de la protección que le es impuesta al Ministerio Público, pero debemos tomar en consideración que los menores son una fase por demás primordial en los conflictos, en los cuales pueden ser parte, y sucede que en el momento en que se le dá turno al Ministerio Público, los menores ya están sin la debida protección, y al mismo tiempo otros asuntos pueden a su juicio, llegar a ser más importantes que la protección del

menor y de sus intereses patrimoniales.

En el desarrollo del presente trabajo, en cada uno de los temas tratados, he manifestado la necesidad que existe de proteger a los menores e incapaces, en los casos de conflictos de índole familiar y en los casos de que quién ejerza sobre ellos la patria potestad muera, es necesario que el tutor se haga cargo de la persona y de los bienes de éstas personas, pero teniendo un ejercicio de patria potestad para su mayor compenetración con los menores se dará un carácter más familiar y de mejor representación que cuando únicamente se limita la función del tutor como una persona extraña al pupilo.

En la parte dedicada al estudio en particular del tutor, mencioné todas las funciones que lo caracterizan, tomándolo como representante en general, de los menores e incapaces.

En el caso de los conflictos de índole familiar, el tutor debe llevar la representación del menor, ya que dedicaría toda su atención para velar por la custodia y de encontrar las mejores condiciones para éstos, al tratarlos como a sus propios hijos, se puede decir que los menores tienen la verdadera protección que necesitan, porque al asumir el cargo, lo hace sin el interés propio de las personas que han estado rodeadas de éstos, que el cariño que sienten por ellos no los deja meditar en una forma adecuada

en beneficio del menor.

Ya analicé las razones por las cuales el Ministerio Público no puede atender en forma debida a los menores, porque la persona indicada para llevar tal representación debe ser el tutor y porque a éste se le deben de dar facultades de patria potestad.

Al elegir la figura del divorcio para complementar el desarrollo del presente capítulo, lo realicé con el afán de poder demostrar en el caso práctico, como la función de un tutor con atributos de patria potestad es la que llenaría con más apego los canones en que debe estar encuadrado el problema de tan citada representación y custodia, ya que se podría augurar una situación futura llena de optimismo para los menores, en esta forma, anotando con anterioridad la personalidad del tutor y desmenbrando los conceptos ya descritos del mismo, es en todos los aspectos favorable como para tener la custodia, como para ser su representante y administrador de sus bienes un tutor que al mismo tiempo tenga los atributos de quien ejerce la patria potestad.

La necesidad de la tutela en todos los casos en que se ocupa, ya sea testamentaria, legitima o dativa, estriba en encontrar la protección de las personas indefensas, ya sea por su falta de capacidad natural o de ejercicio, que por lo regular están faltas de amor y seguridad emocional y que por lo mismo para ellos resulta imposible hacer sentir su

determinación para casi todo tipo de decisiones como lo relativo a su custodia, administración de sus bienes, cuidado de su persona etc., lo que se soluciona al nombrar un tutor que al mismo tiempo ejerce actos de patria potestad para el mejor desarrollo de los menores.

Doy con esto por terminado el capítulo referente a la tutela y del ejercicio de la patria potestad, esperando que haya sido claro su exposición y el porque del mismo.

CAPITULO QUINTO

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Tutela es una institución de derecho privado y a la vez de orden público, por medio de la cual una persona capaz se encarga de la representación y guarda de otra persona incapaz, que generalmente no está sujeta a patria potestad.

SEGUNDA.- El artículo 473 del Código Civil erróneamente califica de tutor al quien únicamente administra los bienes de un menor, no obstante que la tutela se ha establecido para la guarda y protección de la persona y bienes del menor.

TERCERA.- Existen entre la Patria Potestad y la Tutela grandes semejanzas, por lo que se ha llegado a la conclusión de que la tutela actúa en forma supletoria de la patria potestad, y de que tanto la tutela necesita de la patria potestad, como ésta de aquélla.

CUARTA.- En ambas el centro de gravedad radica fundamentalmente en el deber más que en el derecho.

QUINTA.- La Tutela abarca no sólo a los menores, sino también a los que adolecen de capacidad natural.

SEXTA.- La Tutela es una institución que en la legislación

Mexicana llena su cometido, pero deben ampliarse los preceptos que señalan las principales funciones de la misma, ampliando su ejercicio al de la patria potestad, ya que la legislación vigente le da más importancia al aspecto patrimonial, que al educacional, moral y emocional, siendo éstos de mayor trascendencia.

SEPTIMA.- Se debe configurar legalmente la intervención del tutor en los casos de conflicto familiar, como medida de protección para los incapaces, ya que son parte activa dentro de los mismos.

OCTAVA.- Se sugiere suprimir a los padres, abuelos y al Ministerio Público, como órganos representativos del incapaz en los casos de conflictos familiares y se debe imponer como único representante al tutor, como una garantía para los mismos.

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

- 1.- BONECASSE JULIAN, ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL, TOMO I
- 2.- COLIN Y CAPITAN: CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL
- 3.- PETIT EUGENE: TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO
- 4.- DE PINA RAFAEL: ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO
- 5.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL: DERECHO CIVIL MEXICANO
- 6.- ORTOLAN: TRATADO DE DERECHO ROMANO
- 7.- ORTOLAN: INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO
- 8.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL: DERECHO DE FAMILIA, TOMO II
- 9.- DE PINA RAFAEL: INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL
- 10.- ANTONIO DE IBARROLA: SUCESIONES
- 11.- PALLARES EDUARDO: DIVORCIO EN MEXICO
- 12.- PLANIOL MARCEL: TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL
- 13.- JOSSEFAND LOUIS: DERECHO CIVIL
- 14.- PALLARES EDUARDO: DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL
- 15.- CODIGO CIVIL DE 1870
- 16.- CODIGO CIVIL DE 1884
- 17.- CODIGO CIVIL DE 1928