

Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho

Seminario de Derecho Civil

**“Necesidad de Regular la Patria Potestad Prorrogada en
el Código Civil para el Distrito Federal”**

Tesis que para optar por el Título de Licenciada en
Derecho presenta Lorena Villamil Avilés.

Asesor: Licenciado Rafael Manuel Rocher Gómez.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

A mi padre Emilio Villamil Rodríguez y a mi madre Petra Avilés Carteño, quienes siempre me brindan su apoyo incondicional y cuyos sacrificios infinitos nunca serán en vano.

A mis hermanos, Hugo y Silvestre Villamil Avilés, quienes siempre están presentes para ayudarme y que son un digno ejemplo a seguir.

A mi asesor, Licenciado Rafael Manuel Rocher Gómez, quien me brindó su conocimiento y paciencia para la elaboración de esta tesis.

Al Licenciado Daniel Amézquita Urbina, con respeto y admiración, gracias por brindarme la posibilidad de superarme profesionalmente.

Índice.

Introducción	1
Capítulo 1 De la Patria Potestad	3
1.- Concepto de la patria potestad.....	3
2.- Naturaleza Jurídica de la patria potestad	9
3.- Fuentes de la patria potestad.....	11
4.- Características de la patria potestad	16
5.- Titularidad de la patria potestad	22
6.- Sujetos de la patria potestad	26
7.- Efectos jurídicos de la patria potestad	28
8.- Pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad	36
Capítulo 2 La Patria Potestad Prorrogada	45
1.- Antecedentes de la patria potestad prorrogada	45
2.- Concepto de la patria potestad prorrogada	49
3.- Fuentes de la patria potestad prorrogada	56
4.- Características de la patria potestad prorrogada	60
5.- Sujetos de la patria potestad prorrogada.....	64
6.- Diferencia de la patria potestad prorrogada con otras figuras jurídicas que protegen a los incapaces	67
7.- Efectos jurídicos de la regulación de la patria potestad prorrogada	75
Capítulo 3 De la Patria Potestad Prorrogada en el Derecho Comparado	80
1.- La patria potestad prorrogada en España.....	80
2.- La autoridad parental (patria potestad) prorrogada en la República de El Salvador	88

3.- La patria potestad prorrogada en la República de Panamá.....	96
Capítulo 4 Propuesta	105
1.- Importancia de la patria potestad prorrogada	105
2.- La incapacidad como requisito de la patria potestad prorrogada	109
3.- Propuesta de regulación jurídica de la patria potestad prorrogada en el Código Civil para el Distrito Federal.	116
Conclusiones	122
Bibliografía	125

Introducción.

El Código Civil para el Distrito Federal regula la figura jurídica de la patria potestad como una institución de representación legal de los hijos naturalmente incapaces, esto es, de los menores de edad, y que se extingue sin tomar en cuenta el grado de su capacidad de ejercicio cuando arriban a la mayoría de edad.

Es así que en el supuesto de presentarse una incapacidad legal en los hijos sujetos a la patria potestad, nuestra legislación nada prevé para evitar el estado de desamparo legal, que se presenta en el lapso de tiempo desde que termina la patria potestad hasta que el hijo mayor de edad es declarado legalmente incapaz, y en consecuencia se establece la institución de la tutela.

Esta circunstancia demanda proporcionar una verdadera protección que supla tal estado de incapacidad de los hijos, estableciendo así un respaldo jurídico más efectivo a dichas situaciones, que amplíe las posibilidades de otorgar una mejor atención y protección a la persona y los bienes de los incapaces, y en consecuencia introducir nuevas figuras jurídicas de protección que el Estado mexicano debe ofrecer y regular a través del Derecho, como lo es la *patria potestad prorrogada*, tema que analizaremos en el presente trabajo.

En tal sentido hemos estructurado nuestro objeto de estudio en cuatro capítulos, sistematizados en subcapítulos para una mejor comprensión, como a continuación se señala:

Dentro del capítulo primero realizaremos un estudio teórico y doctrinal de la figura jurídica de la patria potestad, analizando su concepto y sus principales aspectos de conformidad con su regulación en nuestra legislación positiva; con la finalidad de conocer la institución que es el antecedente y fundamento de la *patria potestad prorrogada*.

El segundo capítulo constituye una parte esencial de la investigación, ya que estudiaremos los antecedentes de la *patria potestad prorrogada*, así como su concepto y los diversos elementos que la conforman, analizando sus dos modalidades, *patria potestad prorrogada* y *rehabilitada*, con el objeto de conocer en qué consisten y cuáles son sus características que las distinguen de las instituciones de protección que actualmente se regulan en nuestra legislación en favor de las personas legalmente incapaces, precisando además sus efectos jurídicos.

De esta manera, en el capítulo tercero abordaremos el estudio de la *patria potestad prorrogada* en el contexto del Derecho comparado, refiriéndonos a países como España, El Salvador y Panamá, pues estos incluyen en sus legislaciones la regulación de esta figura jurídica como una institución de protección para suplir la falta de capacidad de los hijos mayores de edad que son declarados legalmente incapaces, por lo que su análisis es relevante al no existir precedente alguno en nuestra legislación.

En consecuencia, el capítulo cuarto lo dedicaremos a la importancia de la *patria potestad prorrogada*, así como al análisis del requisito fundamental para su procedencia, esto es, de la incapacidad, distinguiendo principalmente entre capacidad de goce y de ejercicio. Así mismo, señalaremos una propuesta de regulación jurídica para introducir en el Código Civil para el Distrito Federal la figura de la *patria potestad prorrogada*.

Finalmente, aportaremos las conclusiones a las que hemos arribado con el desarrollo de este trabajo y que servirán de base para entender la necesidad de regular la *patria potestad prorrogada* en nuestro Código Civil para el Distrito Federal, lo que sin duda permitirá una adecuada protección de la persona y bienes del hijo legalmente incapaz.

Capítulo 1 De la Patria Potestad.

1. Concepto de la patria potestad.

La patria potestad es una figura jurídica que a lo largo de la historia del Derecho ha sufrido transformaciones adecuándose al momento y a las condiciones sociales existentes.

El término *patria potestad* deriva del latín “*patrius-a-um*: paterno, del padre; y *potestas*: poder, potestad”¹. *Pater potestas* (patria potestad) era el término por medio del cual se denominaba en el Derecho romano, al poder que ejercía el *paterfamilias* sobre los miembros de su *domus*, es decir, la potestad del padre sobre todos los descendientes incapaces por cualquier causa, sobre las mujeres mientras no contrajeran matrimonio, y sobre la esposa, “se trataba de una potestad absoluta y absorbente, parecida a la potestad del mismo padre sobre sus esclavos”². Este derecho se fue suprimiendo poco a poco hasta llegar a la actualidad en donde la patria potestad debe ejercerse con la idea puesta en el interés del hijo.

La patria potestad ha sido conceptualizada desde distintos enfoques doctrinales, a continuación se citan algunos de éstos conceptos, los cuales permitirán desarrollar una noción de lo que se entiende por ella.

El Diccionario Jurídico Mexicano define a la patria potestad como la “institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes”³.

¹ Diccionario Ilustrado Latín-Español. 22a Ed. Ed. Bibliograf. Barcelona. 2001. p. 382.

² Cosío y Corral, Alfonso De. Derechos Reales y Derecho Hipotecario, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones. Ed. Civitas. España. 1988. p. 449.

³ Diccionario Jurídico Mexicano. T. VII. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 2007. p. 58.

Planiol y Ripert expresan: “La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales. No debe olvidarse que estos derechos y facultades únicamente se conceden a los padres, como consecuencia de las graves obligaciones que tienen que cumplir; sólo existe la patria potestad porque hay obligaciones numerosas a cargo del padre y de la madre, las cuales se resumen en una sola frase: la ecuación del hijo”⁴.

Señala Nora Lloveras, la patria potestad ha sido conceptualizada como la autoridad conferida por la ley a los padres sobre persona y bienes de sus hijos, “como conjunto de derechos y facultades, o derechos-deberes, potestades-funciones, poderes-funciones, deberes y derechos en función social, complejo funcional de derechos y deberes. Es evidente que el padre y la madre, y en consecuencia la relación paterno-materno-filial, preceden a la norma jurídica. El orden jurídico regula bajo el nombre de patria potestad esa relación paterno - filial”⁵.

Para Ignacio Galindo Garfías la patria potestad “es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil)”⁶.

Por su parte, Francesco Messineo afirma: “Patria potestad (patria potestas para los romanos) es un conjunto de poderes (a los que corresponden otros tantos deberes) en los cuales actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores y a los adoptantes de proteger, de educar de instruir al menor de edad no emancipado y de cuidar sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica, y de su consiguiente capacidad de obrar”⁷.

⁴ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Derecho Civil, Ed. Pedagógica Iberoamericana. México. 1996. p 313.

⁵ Lloveras, Nora. Comentario Analítico de la Ley 23,264. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1986. p. 146.

⁶ Galindo Garfías, Ignacio. Derecho Civil. Ed. Porrúa. México. 1979. p. 667.

⁷ Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. T. III. Ed. Oxford University Press. México. 2003. p. 136.

En esta tesis, Gutiérrez y González conceptualiza a la patria potestad, como “el conjunto de deberes que la ley impone, en primer lugar, al padre y a la madre, respecto de sus descendientes en primer grado, incapaces por cualquier causa, para su educación y custodia, así como para la guarda de sus bienes patrimoniales pecuniarios. La patria potestad, si fallecen la madre y el padre, pasa a las personas que determina la ley, y es irrenunciable, y sólo se puede suspender cuando la ley lo determina, y por decisión del Juez Civil de lo Familiar”⁸. Se crea por la naturaleza y por el Estado, una serie de deberes, tanto morales como jurídicos, respecto de los descendientes, y esos deberes y algunos derechos es lo que se llama patria potestad.

Como podemos observar, nos referimos a derechos, obligaciones y deberes indistintamente, por ello considero conveniente analizar lo que se debe entender por obligación, deber y derecho.

La obligación es “la relación jurídica que se establece entre una persona llamada acreedor, que puede exigir, de otra llamada deudor, que debe cumplir, una prestación patrimonial de carácter pecuniario o moral”⁹. Deber, proviene del latín *debere*, a su vez de *habere* y *de*: “tener que”, “ser necesario”, “tener la obligación”, “deber”. Deber en el lenguaje ordinario indica “el comportamiento al que un individuo está obligado de conformidad con una regla o precepto religioso, moral o jurídico.”¹⁰ Deber no indica necesidad sino obligación, se opone a lo que “es” y alude a lo que “debe ser”, aplica especialmente a la obligación moral, por ello la dogmática jurídica usa con mayor frecuencia “obligación”. No obstante, por deber se entiende el comportamiento “requerido” por el derecho, la conducta obligada de conformidad con las normas de un orden jurídico, “todo aquello que es jurídicamente obligatorio constituye un deber jurídico. De acuerdo a lo anterior, se puede caracterizar el deber como la conducta prescrita por el derecho, el comportamiento que debe observarse”¹¹.

⁸ Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Ed. Porrúa. México. 2004. p. 432.

⁹ Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 15ª Edic. Ed. Porrúa. México. 2006. p. 19.

¹⁰ Diccionario Jurídico Mexicano. D - H. 11ª. Edic. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México. 1998. p 815.

¹¹ Idem.

Derecho por su parte, además de designar un orden jurídico (o una parte significativa del mismo), se usa para referirse a una ventaja o beneficio normativo conferido a un individuo o a una clase de individuos, es la facultad que tiene un sujeto para ejecutar determinada conducta o abstenerse de ella, o para exigir de otro sujeto el cumplimiento de su deber. En este sentido, “derecho designa una permisión otorgada a alguien (o algunos) para hacer u omitir cierta conducta, con la garantía de la protección judicial”¹².

Con base en el análisis anterior, podemos concluir que el término “deber” es el más adecuado cuando hablamos de patria potestad pues el procrear un hijo conlleva, sin lugar a dudas, más que una obligación, un deber moral y jurídico. Como ya se señaló anteriormente, la patria potestad esta constituida por un conjunto de poderes, para colocar a los titulares de esta, en la posibilidad de cumplir los deberes que les conciernen respecto a los hijos. La facultad y la obligación, la potestad y el deber en la patria potestad, no se encuentran como en otras figuras jurídicas, en una situación de oposición y no corresponde el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder se ha conferido para el cumplimiento de un deber.

En este orden de ideas, consideramos que quienes ejercen la patria potestad, sí tienen derechos sobre los hijos, pero como medios para cumplir con la obligación de educar, derechos que la sociedad y el Estado deben de respetar y proteger, se trata de un derecho que se ejerce para cumplir un deber, como lo es la educación, la protección y la formación de los hijos. En esta tesitura, consideramos adecuado y un acierto el comentario de Manuel Mateos Alarcón al respecto:

“La ley, sabia en sus previsiones, no ha querido nunca imponer a los padres obligaciones, sin otorgarles a la vez los medios de satisfacerlas o cumplirlas. Por esto es, que al declarar que al que tiene al hijo bajo su patria potestad le incumbe la obligación de educar convenientemente a los hijos, faculta también al padre, la madre y los abuelos, en sus casos, para corregir y castigar templadamente y mesuradamente a sus hijos, e impone a las autoridades la obligación de auxiliar a

¹² Ibid. p. 930.

los padres en el ejercicio de esa facultad de una manera prudente y moderada, cuando sean requeridas para ello”¹³.

El cuanto a nuestra legislación vigente, el Código Civil para el Distrito Federal no da un concepto de lo que es la patria potestad, y solo establece una serie de reglas bajo el Título Octavo, del Libro Primero del Código Civil, comprendiendo tres capítulos; desde el artículo 411 y hasta el 448. Inicia el Título con un precepto que desborda los límites de la patria potestad, estableciendo así en su artículo 411, que en la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición; quienes ejerzan la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo. Por otra parte, se limita a establecer, en su artículo 412, que los hijos menores de edad estarán sujetos a la patria potestad, mientras exista algún ascendiente que deba ejercerla; facultándoles, en su artículo 423, para corregir a los menores sujetos a su patria potestad.

Sin lugar a dudas, el aspirar a llegar a una definición precisa de la patria potestad no es una tarea fácil, por ello en primer lugar señalaremos su marco conceptual partiendo de las siguientes premisas:

- La patria potestad es una institución que tiene su base u origen en la filiación, en la relación padres-hijo, ascendiente-descendiente.

- La familia es una institución natural, por ello, las relaciones paterno-filiales, preceden a la norma jurídica, esto es, son anteriores a la norma jurídica, las normas no crean las facultades de los padres, sino las reconoce, es decir, las facultades que los padres tienen respecto de sus hijos para cumplir con la función que naturalmente les corresponde, no las tiene porque la ley lo disponga, sino que la ley lo dispone porque los padres naturalmente la tienen.

¹³ Mateos Alarcón, M. Estudios sobre el código civil del Distrito Federal: promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884. Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2004. p. 277.

- Es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, que da al padre y a la madre por un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones de vigilancia de la persona, la administración y goce de los bienes de los hijos.

- La realidad social sale de los contornos de la normatividad jurídica; la ley determina un mínimo ético que es jurídicamente obligatorio, más las relaciones paterno-filiales no se agotan, no se cumplen por entero con la patria potestad; el que un hijo cumpla dieciocho años y por ello adquiera la mayoría de edad, no implica que los padres se desentiendan de él, que ya no contribuyan a su protección y educación, situación que se vive en la actual sociedad mexicana.

- Los derechos de los padres en relación a sus hijos están determinados por la finalidad de la patria potestad, constituyen un instrumento para cumplir con la función de alimentar, cuidar y educar a los hijos.

- En un sentido estricto, la patria potestad “es el derecho que tienen los padres, es decir el padre y la madre de educar a los hijos, corregirlos y administrar sus bienes”¹⁴.

- La patria potestad se ejerce sobre los menores de edad no emancipados, y quien la ejerce es representante legal del menor.

- El fundamento de la patria potestad como institución radica en la necesidad de proteger a los menores mientras adquieran la madurez suficiente para atender por sí mismos a sus bienes, negocios y personas.

El análisis anterior, nos permite llegar a una noción básica de la patria potestad, entendiendo a esta, como la figura jurídica por virtud de la cual se regula el conjunto de deberes y derechos que se reconocen a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado, es decir, mientras no contraigan matrimonio siendo menores de edad.

¹⁴ Mateos Alarcón, M. *op. cit.*, p. 280.

El contenido de esos deberes y derechos paternos y maternos significan una previa evaluación del legislador acerca de las funciones, la ley impone a los progenitores deberes, reconociéndoles los derechos correlativos para facilitar y hacer posible la relación plena con el hijo. El deber de asumir la paternidad y la maternidad requieren para su cumplimiento el derecho correspondiente.

2. Naturaleza Jurídica de la patria potestad.

La patria potestad es considerada como una institución que se origina en el derecho romano, la cual consistía en una efectiva potestad o poder sobre los hijos y sus descendientes, ejercido sólo por el ascendiente varón de más edad. Tenía carácter perpetuo y se fundaba en el concepto de soberanía doméstica, de donde se originó el término, ya que era un poder real y efectivo del *pater familias* sobre todos sus descendientes, y se prolongaba por toda la vida de los sujetos.

Con el transcurso del tiempo, cada vez se atendía más al interés del hijo, entendiéndose la patria potestad más como una función obligatoria que como un derecho, hasta convertirse en nuestros días, en una institución protectora del menor, establecida en provecho de éste y en su beneficio. Es ejercida primeramente por ambos padres y a falta de éstos por los abuelos, independientemente de su sexo. Tiene carácter transitorio, pues sólo dura hasta la mayoría de edad o la emancipación del hijo. No afecta la capacidad de goce del menor y sólo limita, en su provecho, su capacidad de ejercicio. “La diferencia fundamental entre la institución romana de la patria potestad y la moderna institución radica en que la romana era una institución familiar en beneficio del pater familias, en la actualidad es una función social obligatoria en provecho del hijo”¹⁵.

¹⁵ Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. Derecho de Familiar y Sucesiones. Ed. Harla, México. 1990. p. 227.

La doctrina no es uniforme en cuanto a la naturaleza jurídica de la patria potestad. Algunos la definen como una institución, otros como una potestad y otros como una función.

La patria potestad, como ya lo hemos señalado, ha experimentado una evolución que ha determinado la modificación de su naturaleza jurídica en el ordenamiento actual, pues ha pasado de ser un derecho absoluto del padre, tal y como se concebía en el Derecho romano primitivo y en la redacción original de nuestro Código Civil, a configurarse actualmente como un conjunto de poderes dirigidos a cumplir unos deberes y obligaciones que la ley impone a los padres.

La patria potestad es más que todo una función eminentemente de protección, concedida por la ley al padre y a la madre para el debido cuidado y orientación de los hijos y dar la correcta administración de los bienes de éstos. “La patria potestad ha quedado enmarcada en un conjunto de preceptos normativos, que tiene una señalada y acusada naturaleza de orden público en razón de la debida protección que necesitan y merecen las personas que no pueden valerse por sí mismas, específicamente los hijos menores de edad”¹⁶.

En la naturaleza jurídica de la patria potestad, encontramos que si bien es un cargo de Derecho privado, se ejerce en interés público. Los poderes que atribuye la patria potestad deben ejercerse siempre en interés del hijo, toda vez que no se han creado en interés de las personas que ejercen la función, sino que el ordenamiento jurídico al establecer un ámbito de libertad en su ejercicio, confía a sus titulares el interés familiar, la protección de los bienes de los hijos y la administración de los bienes de estos. En la patria potestad, la garantía del cumplimiento de esa importante función, descansa en los lazos de afecto que existen en el progenitor para educar y formar a los hijos.

Con base en lo anteriormente expuesto, podemos concluir que la patria potestad se considera como un poder concedido a los ascendientes como un medio para cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes. Es por ello que se

¹⁶ Aguilar y Aguilar. *La Patria Potestad*. Corporación de Abogados Aguilar y Aguilar, <http://canalegal.com/index.php>, fecha de consulta: 25 de mayo de 2009.

equipara a una función pública, es decir, a un cargo privado de interés público por virtud del cual la actividad que el Estado se encuentra obligado a realizar para cumplir con sus atribuciones, la desarrolla facultando a los particulares a través de la figura jurídica de la patria potestad. De aquí que por patria potestad debemos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal período.

No obstante, de lo ya señalado respecto a la naturaleza jurídica de la patria potestad, es conveniente señalar que lo importante, independientemente, de dicha naturaleza jurídica, es el objetivo de la misma: la asistencia, cuidado y protección de los menores no emancipados, así como la guardia y educación conveniente de los menores sujetos a la patria potestad, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 413 y 422 del Código Civil.

3. Fuentes de la patria potestad.

Doctrinalmente, la patria potestad toma su origen de la filiación, ya que es una institución establecida por el Derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente, ya sea de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos.

De esta forma podemos señalar, que las fuentes de la patria potestad son el matrimonio, la adopción y el reconocimiento de hijos, estudiemos cada uno de ellas:

➤ El matrimonio.

La principal fuente de la patria potestad es el matrimonio, esta figura jurídica se define por nuestro Código Civil para el Distrito Federal como la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, se trata de la celebración de un acto jurídico solemne con el fin de procrear una unidad de vida entre ellos.

En el Derecho romano la patria potestad estaba originada por las justas nupcias lo cual hacía que todos los hijos que nacían de los cónyuges cayeran bajo el poder del *paterfamilias*, así como los nietos o descendientes del hijo varón que contraía matrimonio legítimo; sin embargo esto no se aplicaba a los hijos de la hija que pasaban o se sometían a la patria potestad del padre de la madre. La mujer jamás ejercía la patria potestad sobre los hijos.

Los romanos consideraban como matrimonio o nupcias en general, la unión del hombre y la mujer que deseaban establecer entre ellos una comunidad indivisible de existencia. Las *justae nuptiae* son propiamente el antecedente del actual matrimonio. Estaban constituidas por dos elementos: el objetivo que es la convivencia de los cónyuges, y el subjetivo, que es la participación de la mujer en el rango público y social del marido. De esta forma, los romanos definían al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer con el objeto de formar una sociedad indivisible; es decir, una asociación de toda la vida.

Señala María Josefa Méndez Costa, que la filiación corresponde al lazo natural que relaciona al hijo con sus progenitores, produce efectos extensos según la naturaleza de la unión donde resalta. Se considera la filiación más plena aquella que emana del matrimonio, esto debido a que se considera legalmente cierta.

La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce sucesivamente por el padre y la madre, y a falta de éstos por el abuelo y la abuela paternos o maternos, lo que se determinará siempre atendiendo al beneficio del menor sujeto a patria potestad.

➤ **La adopción.**

La adopción es una institución de Derecho civil, por medio de la cual ingresan a la familia, en calidad de hijos, personas ajenas a ella, en virtud de un acto solemne.

La adopción es el acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre dos personas, estableciéndose las mismas relaciones que hubieran nacido jurídicamente del parentesco consanguíneo.

Sobre el hijo adoptivo se ejerce la patria potestad únicamente por la persona o personas que le adoptan como consecuencia natural de la adopción.

La adopción se ha entendido como un cauce o vía para realizar los deseos y las aspiraciones de los matrimonios sin hijos y también como un cauce para la posible sociabilización de los niños abandonados o acogidos en establecimientos benéficos. Esta nueva tesis de la adopción tiende a equiparar lo más posible la situación del hijo adoptivo con la del hijo legítimo y determinar la mayor ruptura posible de los originales vínculos del adoptado con su familia natural.

Existen dos clases de adopción: la plena y la simple. La primera, tiende a incorporar al adoptado en la familia del adoptante, mientras que la simple, aunque ya derogada de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, se circunscribe al vínculo entre el adoptante y el adoptado.

Los sujetos de la relación jurídica de la adopción son dos: la persona que asume los deberes y derechos inherentes a la patria potestad o a la condición de padre y/o madre (adoptante) y la persona que se sujeta a la especial filiación que la adopción supone (adoptado).

Los efectos jurídicos de la adopción se pueden enunciar en la siguiente forma:

a) Se crea una relación jurídico-familiar o relación de parentesco, por lo que el adoptado tiene un derecho de alimentos y hereditario.

b) El adoptante tiene respecto del adoptado y sus bienes los mismos derechos y obligaciones que un hijo, pudiendo, incluso darle nombre y sus apellidos.

c) El adoptado, respecto del adoptante, tiene los mismos derechos y obligaciones que un hijo.

➤ **El reconocimiento de hijos.**

En el Derecho romano, una de las fuentes de la patria potestad era la legitimación.

La legitimación era una institución civil que regula el cambio de situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio en virtud de la celebración posterior de éste por quienes los engendraron. La palabra legitimación se empleaba también para designar los efectos producidos en relación con el hijo natural, por el matrimonio de sus padres, celebrado con posterioridad al hecho de su nacimiento.

La legitimación de hijos se encuentra derogada del Código Civil para el Distrito Federal vigente, quedando subsistentes los artículos relativos al reconocimiento de los hijos; en realidad, los efectos que tenía la legitimación no son otros que los efectos del reconocimiento, por ello la regulación de esta figura es suficiente para que surja la filiación y el ejercicio de la patria potestad, es así que para el legislador se volvió inútil regular a la legitimación “por constituir resabios de un pasado ya superado en nuestra legislación”¹⁷.

Es de esta forma que para el presente trabajo decidimos estudiar como una de las fuentes de la patria potestad al reconocimiento de hijos, en lugar de la ya derogada figura jurídica de la legitimación, razonamiento que encuentra su fundamento en la

¹⁷ Diccionario Jurídico Mexicano. I - O. 11ª. Edic. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 1998. p. 1939.

exposición de motivos que los legisladores expresaron el día 12 de abril de 1928, al redactar el proyecto de Código Civil para el Distrito Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928 y en vigor a partir del primero de octubre de 1932:

“Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen; se ampliaron los casos de la investigación de la paternidad, porque los hijos tiene derecho de saber quiénes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir; pero se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera un fuente de escándalo, de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución.

Se concedió al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de investigar quien es su madre, y se estableció en favor de los hijos nacidos de concubinato la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina”¹⁸.

El reconocimiento de hijos es la manifestación espontánea de voluntad de uno o ambos progenitores de considerar como hijo al habido fuera de matrimonio. El Código Civil regula esta figura jurídica en los artículos 360 a 389.

La filiación en cuanto a la madre, resulta de la prueba plena del nacimiento. Si una mujer da a luz y no abandona al hijo, no requiere de ningún acto jurídico especial para que surja entre ambos el lazo de la filiación y por ende el ejercicio de la patria potestad. La filiación “queda establecida por el hecho natural del parto que normalmente tiene lugar con testigos. Sólo excepcionalmente, cuando la madre oculta su embarazo, da a

¹⁸ Código Civil para el Distrito Federal. Ed. Porrúa. México. 2003. p. 15.

luz sin testigos y abandona al hijo, o cuando el mismo se hace pasar como nacido de otra persona, habrá lugar posteriormente al reconocimiento de la madre”¹⁹.

El hijo de mujer casada no puede ser reconocido por ningún otro hombre distinto del marido, puesto que nace con certeza de paternidad; solamente cuando el marido haya obtenido sentencia ejecutoriada en la cual desconozca la paternidad del hijo de su mujer, podrá ese hijo ser reconocido por otro varón, lo anterior encuentra su fundamento en el artículo 374 del Código Civil.

Las consecuencias del reconocimiento de hijos son diversas. La primera y más importante es la creación del lazo de filiación entre progenitor e hijo que trae consigo el derecho-deber recíproco entre ambos sujetos, de alimentos, sucesión legítima y tutela legítima, el ejercicio de la patria potestad y ciertas acciones de nulidad y de impugnación de la paternidad. Estos dos tipos de acciones no se dan en la filiación surgida de matrimonio.

Como la patria potestad es una consecuencia directa de la filiación, los progenitores que reconocen al hijo al mismo al mismo tiempo o en forma sucesiva, ejercerán ambos la patria potestad. No sucede lo mismo con la custodia que la ejercerán ambos si viven juntos, no así cuando vivan separados; en este caso, establece el Código Civil en su artículo 381, la ejercerá el que primero reconoció, salvo que otra cosa fuera convenida entre los padres; cuando exista conflicto con respecto a la custodia será el Juez de lo Familiar, con audiencia del Ministerio Público, quien decida sobre ese punto, teniendo siempre presente el interés superior del menor.

4. Características de la patria potestad.

De la función propia de la patria potestad (la protección de los hijos) y de la fuente u origen de la institución (la filiación ya sea a través del matrimonio, la adopción o el

¹⁹ Diccionario Jurídico Mexicano. I - O. op. cit. p 2690.

reconocimiento de hijos), y a su naturaleza jurídica, se desprende que la patria potestad es irrenunciable, intransferible por la voluntad de quien la ejerce e imprescriptible, comprendiendo esta una representación total.

Por lo tanto, podemos señalar que los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, en su conjunto, son de carácter personal y no delegables, intransferibles, irrenunciables e imprescriptibles, como se analizará a continuación.

- **La patria potestad es personal, no delegable e intransferible.**

Los derechos y deberes que integran la patria potestad están fuera del comercio. La patria potestad considerándola exclusivamente desde el punto de vista de las facultades que confiere a su titular, está constituida por el conjunto de derechos personalísimos, inherentes a la persona misma del progenitor o del ascendiente a quien corresponde el ejercicio de ella.

En tal sentido se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada que a continuación transcribimos:

PATRIA POTESTAD, DERECHOS DERIVADOS DE LA. SON INTRANSMISIBLES. Los derechos familiares, como son los inherentes a la patria potestad, son intransmisibles, en virtud de que se conceden legalmente tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la relación jurídica entre padres e hijos menores de edad; aunado lo anterior, al carácter de interés público que existe en esos derechos; lo que produce, como consecuencia, la nulidad en caso de que se estipule lo contrario.

Amparo directo 7020/86. María Luisa Rosas viuda de Valdez y otro. 3 de diciembre de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ernesto Díaz Infante. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretaria: Hilda Cecilia Martínez González.

El ejercicio de la patria potestad, es un conjunto de deberes y derechos que le corresponde única y exclusivamente a los padres del menor, esto significa que no puede ser transmitido a otra persona por ningún medio legal, es decir que los padres no pueden delegar la patria potestad de su hijo, por ejemplo mediante escritura pública, debido a que la patria potestad solo corresponde a dos personas que son el padre y la madre del menor, cuando uno de los padres falte, el otro solo, tendrá que asumir ese derecho. El padre sobreviviente no puede compartirlo con su nueva pareja, ni con ningún otro familiar.

La patria potestad implica un conjunto de deberes y derechos, éstos últimos son medios para cumplir con la finalidad de la institución, por ello, la titularidad de la patria potestad no es delegable: lo que son delegables son algunas de las funciones que le son propias, siempre bajo la responsabilidad y vigilancia de los titulares; los padres no están en posibilidad de instruir a sus hijos; en consecuencia, cumplen con su obligación asignándolos a una escuela.

Al respecto, es conveniente analizar el concepto de guarda y custodia, a fin de no confundirlo con una figura jurídica por medio de la cual se transfiera la patria potestad.

Patria potestad y guarda y custodia no son la misma figura jurídica. La guarda y custodia debe ser entendida como uno de los atributos o derechos inherentes a la patria potestad, como se explicará a continuación.

Las palabras guardar y custodiar proceden, respectivamente, “del germanesco *wardon* que significa cuidar (atender, prestar atención), y del latín *custos* derivado de *curtos*, forma agente del verbo *curare*, que también quiere decir cuidar”.²¹ En el

²⁰ Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tercera Sala. T. I. Primera Parte. Enero a Junio de 1988. p.372, <http://ius.scjn.gob.mx>, fecha de consulta: 15 de agosto de 2009.

²¹ Diccionario Jurídico Mexicano. D - H. op. cit. p 1555.

Derecho romano la custodia significó una clase especial de diligencia que debía aplicar el deudor de cuidar la cosa debida como un buen padre de familia, manteniendo el cuidado necesario para conservar y vigilar la cosa ajena para que no pudiera perderse o ser robada. En tanto por guarda se entendía, “la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia.”²²

No obstante lo anterior, en nuestro actual Derecho mexicano, el vocablo *custodia* es definido como la “guarda de una persona o cosa con toda diligencia y cuidado”²³, mismo que se utiliza junto a la palabra *guarda*, cuya primera acepción es “la persona que tiene a su cargo la conservación de algo”²⁴, del verbo guardar que significa “tener cuidado de algo, vigilarlo y defenderlo”²⁵. Por ello señala Luis Felipe Rangel Sánchez, “las palabras guarda y custodia son prácticamente similares, aunque la segunda venga a suponer algo más que la primera, una guarda cuidadosa y diligente y, por esa razón, al ir juntas, estas palabras vienen a indicar que la guarda o cuidado está reforzada”²⁶.

Es así como en nuestra legislación, las palabras guarda y custodia son utilizadas sin hacer distinción alguna entre las mismas, por el contrario, se entiende por guarda y custodia una sola figura jurídica, que “implica esencialmente, la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlo, cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades.”²⁷

El deber de educar, corregir y convivir con el menor encuentra su máxima expresión y su mejor posibilidad en la hipótesis de que padre y madre vivan juntos; el menor, en

²² Idem.

²³ Diccionario Jurídico Mexicano. A - C. 11ª. Edic. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 1998. p 804.

²⁴ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, <http://www.rae.es/rae.html>, fecha de consulta: 20 de agosto de 2009.

²⁵ Idem.

²⁶ Rangel Sánchez, Luis Felipe. *La Guarda y Custodia de los Hijos*, http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/7/DPC_015_281.pdf, fecha de consulta: 22 de agosto de 2009.

²⁷ Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Tercera Sala. Segunda Parte. 1969. p. 26, <http://ius.scjn.gob.mx>, fecha de consulta: 15 de agosto de 2009.

su desarrollo, en su equilibrio psíquico y emocional, necesita tanto del padre como de la madre; la auténtica convivencia no está cercenada, es conjunta.

No siempre se da la vida en común de padre y madre, sino que viven separados; por regla, ambos continúan en la titularidad de la patria potestad, pero uno solo tiene la custodia.

El progenitor que no tiene consigo al menor, sigue teniendo a su cargo las obligaciones inherentes a la patria potestad, y si bien no puede convivir con el menor, sí tiene una convivencia mermada que se ha llamado “derecho de visita”. Al efecto, disponen el artículo 416 y 417, del Código Civil, que en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. Si hubiera desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente. Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

El progenitor que tiene la patria potestad respecto del menor, pero no la custodia, en el derecho de visita tiene el derecho de convivir, tener consigo al menor durante determinado fines de semana y en períodos vacacionales en forma parcial; se aprecia no sólo como un derecho de visita a favor del progenitor, sino como la necesidad de comunicación y exigencia psicológica y efectiva del menor.

- **La patria potestad es irrenunciable, excepcionalmente excusable.**

La titularidad de la patria potestad no es renunciabile, pero sí excusable en los casos específicos que la propia ley señala.

Al respecto, el Código Civil para el Distrito Federal establece, en su artículo 448, que la patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse únicamente en caso de presentarse una de las siguientes hipótesis:

- Cuando tengan sesenta años cumplidos.

- Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.

El contenido del artículo 448 del Código Civil ya mencionado, no es aceptable hoy en día. El texto del precepto es igual al Código originario de 1928, al año en curso, ochenta y un años después, el tiempo de vida del mexicano es mayor al que se registraba en 1928; también han descendido los índices de mortalidad y de morbilidad; hombre y mujer, a los setenta años de edad, gozan, generalmente, de salud física y de equilibrio mental y emocional; la disposición resulta entonces anacrónica.

En lo que concierne a una precaria salud que impida un adecuado desempeño de las obligaciones propias de la patria potestad, no debería ser motivo de excusa, sino de inhabilitación, suspensión o pérdida.

Las razones por las que se establece la irrenunciabilidad del cargo, derivan de su propia naturaleza. En primer lugar porque su ejercicio es de interés público, la familia, la sociedad y el Estado tienen el interés en la adecuada formación de los menores; y en segundo lugar, porque sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros.

La renuncia al ejercicio de la patria potestad por el ascendiente que debe desempeñar el cargo, implicaría el abandono del deber de guarda y protección de los hijos y perjudicaría por ende los derechos de los menores que se encuentren bajo ella.

La patria potestad, si fallecen la madre y el padre, pasa a las personas que determina la ley, puesto que es irrenunciable, y sólo se puede suspender cuando la ley lo determina, y por decisión del Juez de lo Familiar.

- **La patria potestad es imprescriptible**

Otra de las características que presenta esta institución del Derecho de familia, es su imprescriptibilidad, es decir, los derechos y deberes derivados de esta no se extinguen por el transcurso del tiempo. Así también, la patria potestad consiste en una representación total, que comprende a la persona del menor y sus bienes, con las limitaciones que establece la propia ley.

La patria potestad tiene un carácter imprescriptible hasta el punto que su no ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto tiempo carece de virtualidad extintiva, subsistiendo por tanto, la posibilidad de su ejercicio, salvo en aquellos casos en que se haya producido con anterioridad un resolución judicial acordando su extinción.

Las características anteriores vienen a poner de manifiesto que se trata de un deber no renunciable cuya dejación puede incluso constituir delito (abandono de familia), que en situaciones de normalidad el poder paterno es intransferible, y que no se extingue hasta que el hijo (no incapacitado) alcance la mayoría de edad o se emancipe.

5. Titularidad de la patria potestad.

Algunos autores apuntan diferencia entre titularidad y ejercicio; a los padres les corresponde la titularidad de la patria potestad y ésta, como ya se ha analizado, es irrenunciable y no delegable; el ejercicio lo tienen el padre y la madre en la hipótesis de vivir juntos y ambos convivan con el menor, mas si viven separados quien tiene la custodia tendrá el ejercicio.

Bueres y Highton, señalan al respecto:

“El ejercicio de la patria potestad no presenta el mismo régimen que el de su titularidad (...). El ejercicio de la patria potestad se concede por la ley de manera diferente, es decir a ambos padres o a uno de ellos, según las pautas establecidas (...). Del Código Civil. Dicho ejercicio debe ser compartido o unilateral, según los casos. El ejercicio de la patria potestad se concede plenamente a ambos padres cuando conviven con el hijo menor, lo que facilita el gobierno de la persona y bienes del hijo, y el cumplimiento de los fines de la patria potestad (...). Cuando los progenitores no conviven, la ley atribuye el ejercicio de la patria potestad, en principio, al progenitor que convive con el hijo, es decir a uno de los padres, a quien se denomina padre ejerciente. Estamos en el supuesto del ejercicio unilateral de la patria potestad.

Esta atribución por la ley del ejercicio de la autoridad a uno de los padres, no significa que el otro progenitor -el padre no ejerciente cotitular de la patria potestad- sea desplazado totalmente del ejercicio de la autoridad del padre. Así, el padre que no tiene al hijo consigo -el no ejerciente- puede comunicarse adecuadamente con su hijo, supervisar su educación, alimentarlo, puede oponerse a los actos que disponga en la vida cotidiana el padre ejerciente, y es convocado necesariamente para prestar su consentimiento en los actos trascendentes para la vida del hijo...”²⁸.

Para confirmar el aserto expuesto, citamos el sentido de la tesis jurisprudencial que a continuación se transcribe:

PATRIA POTESTAD, GUARDA DEL MENOR NECESARIA PARA EL EJERCICIO POR LOS PADRES DE LA. La patria potestad se ha establecido principalmente en beneficio del hijo y para prestarle un poderoso auxilio a su debilidad, su ignorancia y su inexperiencia; de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con esos deberes que les impone la patria potestad, como son velar por la seguridad e integridad corporal del hijo, el cuidado

²⁸ Bueres, Alberto J. y Highton, Elena I. Código Civil y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial. T. I. Ed. Hammurabi. 1999. p. 293.

de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia, y el formar su carácter, es de todo punto necesario que dichos padres tengan la guarda del hijo, es decir, la posesión del hijo mediante la convivencia cotidiana, bajo el mismo techo e ininterrumpidamente.

Amparo directo 8236/86. Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de enero de 1988. Cinco votos. Ponente: José Manuel Villagordo Lozano. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba.

Amparo directo 3601/70. Armando Quintero Rodríguez. 17 de junio de 1971. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Solís.

Genealogía: Informe 1988, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 147, pág. 171.²⁹

Al respecto, el Código Civil en su artículo 422, establece que a las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia les incumbe la obligación de educarlo convenientemente, en tanto el artículo 423 del mismo ordenamiento dispone que quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores de edad bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva de buen ejemplo.

Se desprende de lo transcrito que puede estar dissociada la patria potestad de la custodia, es decir que una persona que no tenga la patria potestad puede tener la custodia; los padres, quienes ejercen la patria potestad, pueden convenir en que la custodia la tenga un tercera persona. Quienes tienen la custodia viven el ejercicio pleno de la patria potestad, pues tienen al menor junto a sí.

Una vez hechas las anteriores apreciaciones, cabe señalar quienes tienen el deber de ejercer la patria potestad:

- ◆ El padre y la madre, conjuntamente y la ley les confiere a cada uno el mismo cúmulo de facultades para el desempeño de ese deber.

²⁹ Op. cit. p 330.

◆ Si sólo fallece el padre, o sólo fallece la madre, el que sobrevive ejerce la patria potestad.

◆ Si el padre y la madre dejan de vivir juntos en un único y común domicilio, el incapaz vivirá al lado del progenitor que entre ellos acuerden, o el que determine el juez de lo familiar oyendo al incapaz, de ser el caso.

◆ Si fallecen el padre y la madre, o si ambos se vuelven incapaces, la patria potestad la ejercerán los ascendientes en segundo grado (abuelo, abuela) en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en consideración cuál de esos ascendientes ofrece mejores condiciones de vida al incapaz.

◆ Si se trata de un incapaz adoptado, ejercerá la patria potestad sólo el adoptante, y si es adoptado por un hombre y una mujer, ejercerán ambos la potestad.

Lo anterior se desprende del artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece que la patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres, cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro. A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Anteriormente, el artículo 414 del Código Civil, indicaba el orden de atribución del ejercicio de la patria potestad: 1) padre y madre, y 2) abuelos paternos y 3) abuelos maternos. Al respecto, Zavala Pérez comenta que “el texto vigente es correcto; no hay razón para que exista prelación de los abuelos paternos sobre los maternos”³⁰ Comentario que considero un acierto, en virtud de que no es necesario que la ley determine una prelación entre los abuelos paternos o maternos, pues lo que determina

³⁰ Zavala Pérez, Diego. Derecho Familiar. Ed. Porrúa. México. 2006. p 325.

quien ejerce la patria potestad obedece siempre al mayor beneficio del menor de edad sujeto a dicha patria potestad.

Tratándose de hijos nacidos fuera de matrimonio cuando los dos progenitores lo hayan reconocido y vivan juntos ambos ejercerán la patria potestad. Cuando viviendo separados lo hayan reconocido en el mismo acto convendrán cual de los dos podrá ejercerla y en el caso de que no lo hicieran resolverá el juez de primera instancia del lugar. Si los padres del hijo fuera de matrimonio que vivían juntos se separaren continuará ejerciendo la patria potestad en caso de que no se pongan de acuerdo, será el juez quién decidirá.

Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de la madre o del padre. El otro titular de la patria potestad estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial, estableciendo el Código Civil, en su artículo 416, que en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores, y en caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, a juicio del Ministerio Público y sin perjuicio de lo dispuesto en su artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles vigente.

6. Sujetos de la patria potestad.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, la patria potestad es una institución destinada a los menores de edad; están sujetos a ella los menores de edad no emancipados; es temporal, cesa cuando el menor ha dejado de serlo o se emancipa.

Así encontramos que el artículo 412 del Código Civil, establece que los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deben ejercerla conforme a la Ley.”

Señalan Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro, “son sujetos pasivos de la patria potestad, los descendientes, menores de 18 años no emancipados”³¹. La emancipación deriva del matrimonio de un menor de edad, en consecuencia, el emancipado tiene una capacidad de ejercicio limitada pues a pesar de ya no ser sujeto de la patria potestad, aún es menor de edad para la ley.

El Código Civil establece que el matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad.

El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita mientras sea menor edad, de conformidad con lo establecido por el artículo 643 del Código Civil:

- ⊕ De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.

- ⊕ De un tutor para negocios judiciales.

Los incapacitados que están sujetos a patria potestad “tienen capacidad de goce, pero no tienen capacidad de ejercicio, y de ahí precisamente que para poder ejercitar sus derechos, tengan que hacerlo forzosa y necesariamente por conducto de los que ejercen esa potestad, y tienen su representación”³².

- ▲ Así, el incapaz para contraer válidamente una obligación o realizar cualquier acto de dominio sobre los bienes pecuniarios de su patrimonio, tiene que hacerlo por

³¹ Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez, R. *op. cit.* p. 227.

³² Gutiérrez y González, E. Derecho Civil para la Familia. *op. cit.*, p 440.

medio de la representación que le asiste al o a los que ejercen sobre él, patria potestad, así lo establece el artículo 424 del Código Civil para el Distrito Federal.

▲ De igual manera no pueden comparecer por sí, a juicio, sino que deben hacerlo siempre por conducto de sus representantes, que son los que ejercen sobre él potestad; pero no podrán 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. Lo anterior tiene su fundamento en el artículo 427 del Código Civil para el Distrito Federal.

El sujeto a potestad, debe de habitar en el domicilio familiar del o de los que ejercen esas facultades respecto de su persona, y no puede dejarlo sin autorización de éstos o de una orden del Juez de lo Familiar, con fundamento en el artículo 421 del Código Civil.

7. Efectos jurídicos de la patria potestad.

La patria potestad se integra por un conjunto de derechos y obligaciones que convergen en la finalidad de protección del menor en virtud de su inexperiencia y natural dependencia. Es incuestionable, que el interés superior del menor es el que determina la existencia, contenido y desarrollo de la institución. Las facultades y derechos que se reconocen a quienes la ejercen se conciben en la medida de que son instrumentos para el cumplimiento de las obligaciones tendientes a la protección del menor.

Para la doctrina y nuestra legislación, los efectos de la patria potestad se dividen en dos clases; los que conciernen a la persona del menor y los referidos a sus bienes. Así, el Código Civil dedica el Título Octavo del Libro Primero a la patria potestad; el capítulo primero se denomina “De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos.” El segundo se titula “De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos.”

A continuación se analizarán los efectos jurídicos de la patria potestad, en primer lugar sobre la persona del menor, posteriormente sobre los bienes del menor, y por último los efectos referidos a la representación jurídica del menor.

✧ **Efectos respecto de la persona del menor.**

Los efectos sobre la persona del hijo, se refieren tanto a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometido a ella, como a la función protectora y formativa que deben llevar a cabo los primeros.

Por lo que se refiere a las relaciones personales, “el menor debe honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, y por lo que hace a la función protectora y formadora, el ascendiente esta obligado a la guarda, manutención y educación del menor, pudiendo corregirlo mesuradamente, sin recurrir al uso de la fuerza para atentar contra su integridad física o psíquica”³³.

Entre los efectos de la patria potestad sobre la persona del menor, podemos señalar los siguientes:

- **Educación.** Efecto fundamental y trascendente de la patria potestad es la obligación a cargo de quienes la ejercen, de educar al menor. Es una obligación jurídica, moral y social.

Así lo establece el artículo 422 del Código Civil, al señalar que las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad les incumbe la obligación de educarlo convenientemente, en caso de incumplir con esta obligación, cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa, está lo avisará al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

³³ Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez, R. *op. cit.* p. 230.

Educación es “desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos, etcétera; mientras que educación, proviene del latín *educatio-onis* y se define como la crianza, enseñanza y doctrina que se da a los niños y a los jóvenes”³⁴

La educación del menor es un derecho y un deber para los padres, éstos no sólo tienen la obligación de educar a sus hijos, sino el derecho de hacerlo.

El derecho y deber de educar están configurados por la propensión y búsqueda de la formación integral, desarrollo armónico de las facultades del hombre, por la instrucción y capacitación profesional o técnica del menor, que le permitan vivir en forma honesta y realizarse humanamente.

- Derecho y obligación de la custodia o guarda del menor. La custodia o guarda es un derecho y obligación, implica no sólo tener al hijo consigo, sino convivir con él. Es causa condicionante para cumplir con la finalidad de educación, por ello el artículo 421 del Código Civil ordena que mientras el hijo este sujeto a la patria potestad, éste no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente. El domicilio legal del menor es el del que ejerce la patria potestad.

- Derecho de corrección. Podemos establecer que actualmente existe como vía para la corrección: la doméstica, es la que realizan quienes ejercen la patria potestad, es la que se hace en casa, es la universalmente aceptada, las legislaciones la contienen siempre dentro de los límites de la razón y la medida.

El Código Civil vigente en el Distrito Federal, dispone en su artículo 423, la facultad de quienes ejercen la patria potestad de corregir a los menores de edad. Esta facultad de corregir no implica infligir, al menor, actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica, ya que se busca evitar conductas que generen violencia familiar.

³⁴ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, <http://www.rae.es/rae.html>, fecha de consulta: 20 de agosto de 2009.

Este derecho de corrección ha evolucionado ampliamente, desde la facultad absoluta sobre el menor en el Derecho romano, hasta considerar que los malos tratos de los progenitores pueden llegar a tipificarse como delitos. El síndrome del niño golpeado ha sido motivo de estudio no sólo entre los penalistas sino también por parte de psicólogos, educadores, sociólogos y trabajadores sociales. Desde el punto de vista del Derecho civil los malos tratos son causa de la pérdida de la patria potestad.

- Dar buen ejemplo. El artículo 423 del Código Civil, dispone que quienes ejerzan la patria potestad, tienen la obligación de observar una conducta que sirva a los menores de buen ejemplo.

Al respecto, señala Zavala Pérez: “quienes ejercen la patria potestad deben, con la palabra y el ejemplo, educar para el ejercicio de la libertad”³⁵.

- Facultad de otorgar al menor el consentimiento para contraer matrimonio. Si bien es cierto, que el Código Civil establece que para poder contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad también es cierto que los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad, y a falta o negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, de conformidad con el artículo 148.

Si quien ejerce la patria potestad ha prestado su consentimiento, firmando la solicitud respectiva, no puede revocar su decisión después, salvo que haya causa justa para ello.

- Obligación de dar alimentos. Algunos autores incluyen en las obligaciones inherentes a la patria potestad la de alimentar al menor. Un padre puede no tener la patria potestad sobre su hijo y, sin embargo, está obligado a alimentarlo. El artículo 303 del Código Civil vigente dispone que los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.

³⁵ Zavala Pérez, D. *op. cit.* p 337.

▪ Responsabilidad de los que ejercen la patria potestad por los daños y perjuicios causados por los menores. Los artículos relativos a esta responsabilidad por los daños y perjuicios causados por los menores, se localizan en el apartado que regula la patria potestad, los ubicamos en el Libro Cuarto del Código Civil, el cual contiene la normatividad relativa a las obligaciones; el Título Primero se denomina “Fuentes de las obligaciones”, dentro de él, el Capítulo V, trata “De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos”, de conformidad con los artículos 1919, 1920 y 1922:

➤ Se establece la responsabilidad civil de quienes ejercen la patria potestad por los daños y perjuicios causados por los menores a su cargo y que habiten con ellos.

➤ No habrá responsabilidad si los menores se encuentran bajo la vigilancia de otras personas, tales como directores de colegios, talleres, etc. pues en esa hipótesis serán éstos los responsables.

➤ Tampoco habrá responsabilidad si hubo imposibilidad de evitar las acciones que causaron los daños.

✧ **Efectos de la patria potestad en relación a los bienes del menor.**

Los que ejercen la patria potestad, por disposición de la ley, son los representantes legítimos del incapacitado y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones del Código Civil, así los establece el artículo .415 del citado ordenamiento.

El hecho de que el sujeto a patria potestad sea incapaz, no significa que carezca de capacidad de goce; lo que no tiene es capacidad de ejercicio, y así entonces, nada impide que tenga un patrimonio pecuniario además de su patrimonio moral o derechos de la personalidad.

Los bienes patrimoniales pecuniarios del incapaz, son de dos clases de conformidad con el artículo 428 del Código Civil.

- Bienes que adquiere con su trabajo.
- Bienes que adquiere por cualquier otro título.

Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo sujeto a patria potestad, en cambio en los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto, de conformidad con lo establecido por los artículos 429 y 230 del Código Civil.

La administración de los bienes del menor, recae en una sola persona; si la patria potestad es ejercida por el padre y la madre, o el abuelo y la abuela, la pareja determinará cuál de los dos será el administrador, más el designado tendrá que consultar al que no le fue en todos los negocios referidos al menor y para actos de mayor importancia se requerirá su consentimiento.

Quienes ejercen la patria potestad están obligados a rendir cuentas de su administración., como lo ordena el artículo 439 del Código Civil, llegado el menor a la emancipación o a la mayoría de edad, concluye la administración y le serán entregados sus bienes y los frutos que le pertenezcan.

Con la finalidad de proteger los intereses del menor, la facultad de administración que tienen quienes ejercen la patria potestad, está limitada por la ley, en el artículo 436 del Código Civil. En consecuencia, los que ejercen la patria potestad y actúan como representantes del incapaz, tienen una serie de restricciones que determina la propia ley:

— Sólo con autorización del juez de lo familiar podrá realizar actos de dominio sobre los bienes inmuebles, así como sobre los bienes muebles preciosos, y ello sólo cuando le hayan acreditado al juez una causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio para el incapaz, así lo establecen los artículos 437 y 436 del Código Civil.

— Tampoco pueden arrendar por más de cinco años, ni recibir rentas anticipadamente por más de dos años, lo anterior encuentra su fundamento en el artículo 436 del Código Civil.

— De igual modo no pueden vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, títulos y ganados por menor valor del que coticen en la plaza el día de venta, ni hacer donación de los bienes de los hijos, o remisión de los derechos de éstos, ni celebrar contrato de fianza en representación de los incapaces, con fundamento en el artículo 436 del Código Civil.

Como se puede apreciar, son pocas las restricciones que se les imponen a los que ejercen la patria potestad, respecto de la administración que deben hacer de los bienes de los incapacitados.

La restricción a la representación de los incapaces, solo opera cuando quien tiene la representación de aquellos, no debe ejercerla si se encuentra ante un conflicto de oposición de intereses de los representados, por lo que el artículo 440 del Código Civil dispone que éstos serán representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

Cabe mencionar que el derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:

- ◆ Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos.
- ◆ Por la pérdida de la patria potestad.

- ◆ Por renuncia.

⌘ **Efectos en relación a la representación jurídica del menor.**

Quienes ejercen la patria potestad tienen la representación legal del menor; es éste el principio general.

Doctrinalmente, hay aceptación unánime que la representación jurídica abarca tanto la representación extrajudicial como la judicial. Así lo dispone nuestro Código al determinar la legítima representación en su artículo 427.

La representación jurídica del menor es, sin lugar a dudas, una función relevante de la patria potestad. Sobresalen en “la representación tres aspectos fundamentales; es legal, necesaria y universal”³⁶.

- ⊕ Es *legal* en cuanto nace directamente de la ley, que establece asimismo su duración y las facultades de los representantes que la ejercen.

- ⊕ Es *necesaria*, en cuanto es la única forma de actuación de los menores en la vida civil, con excepción de aquellos actos en los que la ley autoriza expresamente a los menores a actuar por sí mismos.

- ⊕ Es *universal* porque comprende todas las relaciones patrimoniales referentes al menor, con las excepciones previstas por la ley.

Establece el artículo 425 del Código Civil, los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen.

Son expresiones fundamentales de la representación:

³⁶ Idem.

▲ El domicilio legal del menor es el domicilio de quienes ejercen sobre él la patria potestad.

▲ No puede el menor, por sí, contraer obligaciones sin el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad, mas si la negativa para otorgarlo se considerará irracional, la ley faculta al Juez de lo Familiar para resolver, de conformidad con el artículo 424 del Código Civil.

▲ Representación en juicio. Dispone el Código Civil, en su artículo 427 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 autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

En la hipótesis de la patria potestad bilateral o compartida, con la presencia de uno de los que la ejercen es suficiente, más será indispensable la concurrencia del otro para los casos indicados en la ley, entre ellos, la de transigir y convenir en juicio.

8. Pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad.

Es evidente que los vocablos terminación, suspensión, pérdida y limitación encierran conceptos distintos.

Terminación es la conclusión natural de la patria potestad; la suspensión implica cesación temporal en el ejercicio de ella; subsiste en tanto persista la causa que la generó; la pérdida es la cesación definitiva, por sanción, del ejercicio de la patria potestad, mientras que la limitación es una restricción al ejercicio de la patria potestad.

La terminación incide en la figura de la institución, es decir, ya no habrá patria potestad para la persona que estaba sujeto a ella; en cambio, la suspensión, la pérdida y

la limitación inciden en las personas que la ejercen, la institución puede seguir operando. A continuación se analizarán cada uno de estos conceptos.

✳ **Terminación de la patria potestad.**

La terminación, implica que deja de operar la patria potestad, es su natural conclusión, desaparece para uno caso concreto; no tiene carácter valorativo, la causa es un hecho. La terminación, prevista por el artículo 443 del Código Civil, ocurre en los siguientes supuestos:

La patria potestad se acaba:

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

II. Con la emancipación derivada del matrimonio;

III. Por la mayor edad del hijo.

IV. Con la adopción del hijo.

V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una Institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 bis del Código de Procedimientos Civiles.

En la reforma del año 2000 aparece la fracción IV en los siguientes términos: “IV.- Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes”, en consecuencia si con la adopción del hijo, la patria potestad la ejercerá el adoptante, no podemos decir que ésta se acaba, solo será ejercida por una persona diferente.

Por decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, de fecha 9 de junio de 2004, se modificó la fracción IV y fue adicionada la fracción V, por la que en este último supuesto tampoco termina la patria potestad, pues el menor es entregado a una institución para ser dado en adopción.

Aun cuando pudiera estar comprendida en el texto de la fracción primera del artículo transcrito, también concluye la patria potestad en el supuesto de designación por el que la ejercía de un tutor testamentario, siempre que fueran descendientes de ulterior grado a los que les corresponda ejercerla, de conformidad con los artículos 470 y 471 del Código Civil.

Propiamente, sólo las tres primeras fracciones son causa de terminación, regulada esta figura jurídica por la ley como “la patria potestad se acaba”. La extinción en tales hipótesis opera *ipso iure*, es decir, de pleno derecho, sin requerir la declaración judicial; en cambio en lo que concierne a las fracciones IV y V, deben mediar, respectivamente, la adopción y la entrega del menor a la institución.

✘ **Pérdida de la patria potestad.**

Es una sanción de carácter personal, por considerar no idónea para el ejercicio de la patria potestad a la persona titular de la misma:

Establece el artículo 444 del Código Civil que la patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho.

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

III.- En los casos de violencia familiar en contra el menor;

IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada;

V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada;

VI. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y

VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.

En relación al derecho de visita en caso de pérdida de la patria potestad, al tratar el concepto de custodia anotamos el derecho de visita que le corresponde al titular de la patria potestad que no la tiene. Cabe preguntar si ante la pérdida de la patria potestad, el progenitor que es privado de ella conserva el derecho de visita en relación al menor, la filiación no puede negarse, por lo que independientemente de la titularidad o ejercicio de la patria potestad, el vínculo y el derecho de visita subsisten; en contra se opina, que quien ni supo o no pudo cumplir con las obligaciones inherentes a la patria potestad y a la paternidad no debe tener el derecho indicado.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señala:

PATRIA POTESTAD, VISITAR A LOS HIJOS ES UN DERECHO INHERENTE A LA. Como el derecho de visitar a los hijos deriva de la patria potestad como inherente a ella y no se trata de un derecho absoluto, que derive exclusivamente de la filiación, sino que requiere la existencia de la patria potestad para hacerse exigible, al perderse la patria potestad debe perderse también el derecho de visitar al menor, pues sería contradictorio que un progenitor que no ha cumplido con sus obligaciones respecto al hijo, conservara el derecho de visitarlo libremente.

Amparo directo 5878/87. Ariela Katz Kenner. 9 de diciembre de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ernesto Díaz Infante. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Miguel Cícero Sabido.

Genealogía: Informe 1988, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 149, pág. 173.³⁷

La recuperación o restitución de la patria potestad, es una de las innovaciones introducidas por el Decreto de 23 de agosto de 2004, a la legislación civil del Distrito Federal. La reforma al artículo 283 del Código Civil adiciona los elementos y cuestiones que deberá contener y resolver una sentencia de divorcio, estableciendo por primera vez que la recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando se acredite que se ha complicado con dicha obligación.

La reforma restringe la restitución, o la recuperación, como la llama el decreto, de la patria potestad a la hipótesis que establece el artículo 444 del Código Civil, en su fracción IV, esto es, por el incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria por más de 90 días, sin causa justificada, por parte de quien ejerce la patria potestad; con la reforma el progenitor que perdió la patria potestad puede ser restituido en ella en virtud de una resolución judicial, siempre y cuando sea en beneficio del menor.

Para Gutiérrez y González, la pérdida de la patria potestad puede clasificarse en causas naturales y causas civiles.

Las causas naturales, “determinan la pérdida de la patria potestad, al margen de que la ley lo determina o no, pues la naturaleza misma hace que tal extinción suceda”³⁸. El Código Civil del Distrito Federal recoge estas causales en su artículo 433, la patria potestad se extingue:

³⁷ Semanario Judicial de la Federación. op. cit. p. 373, <http://ius.scjn.gob.mx>, fecha de consulta: 15 de agosto de 2009.

³⁸ Gutiérrez y González, E. Derecho Civil para la Familia. op. cit. p 451.

- Por muerte de las personas que la ejercen, si no hay otra u otras a las que les corresponda ejercerla.

- Por emanciparse el incapaz, ya sea por contraer matrimonio o por adquirir la mayoría de edad.

En las causas civiles de extinción de la patria potestad, debe mediar una sentencia judicial que cause ejecutoria, y ello sucederá en los casos que establece el Código Civil en el ya mencionado artículo 444.

Lo anteriormente expuesto, pueden ser interpretado como las figuras jurídicas de la terminación y la pérdida de la patria potestad, tal y como las regula el Código Civil, siendo para Gutiérrez y González la pérdida por causas naturales la terminación de la patria potestad, y en consecuencia, la pérdida por causas civiles corresponde a la pérdida de la patria potestad, cuyas diferencias ya hemos hecho mención, al señalar que la terminación tiene lugar como un conclusión natural de la patria potestad, en tanto la pérdida de la patria potestad deriva de una sanción que le pone un fin a la misma.

✘ **Suspensión de la patria potestad.**

Consiste en impedir temporalmente a una persona el ejercicio de la patria potestad, sea por sanción o por circunstancia que naturalmente sea obstáculo para el desempeño.

La patria potestad, de conformidad con el artículo 447 del Código Civil, se puede suspender en las siguientes hipótesis:

- Cuando los que ejercen la patria potestad sean declarados incapaces por decisión judicial, ya que no les es posible representar a otro incapaz, como lo es el menor de edad.

➤ En el caso en que quien ejerce la potestad desaparece del lugar, y no deja representante, y se ignora su paradero, esto es, en el caso de la ausencia declarada en forma.

➤ Cuando el que ejerce la patria potestad consume alcohol, tiene el hábito de juego, hace uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, esto es que sea un drogadicto, si dichas conductas amenazan causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor.

➤ Por sentencia judicial o resolución administrativa condenatoria que declare esta sanción.

➤ Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.

➤ Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio que haya sido aprobado judicialmente.

➤ En los casos y mientras dure la tutela de los menores en situación de desamparo de acuerdo a lo dispuesto por el propio Código y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Por decreto promulgatorio de 23 de agosto de 2004, se adicionó al artículo 447 las fracciones V y VI. La hipótesis planteadas en dichas fracciones son consideradas por Zavala Pérez, como “causa generadora de un gran número de controversias; el incidir en el estado emocional de un menor ofrece enorme abanico de posibilidades de reclamaciones; el oponerse a convivencias en personas naturalmente enemistadas se producirá hasta en forma imaginaria si de ello depende la suspensión, ya no de una custodia sino de la patria potestad”³⁹.

³⁹ Zavala Pérez, D. *op. cit.* p 347.

✧ **Limitación de la patria potestad.**

La patria potestad también puede ser limitada. Gutierrez y González, define a la limitación diciendo que es “la carga positiva, o bien la abstención que el legislador de una época que se considere, impone al titular de un derecho, a efecto de que no lo ejercite contra el interés de otros particulares o bien contra el interés general”⁴⁰.

El artículo 444 Bis del Código Civil, establece que la patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que dispone el propio Código.

Como podemos observar la ley no establece expresamente hipótesis de la limitación de la patria potestad, pero como ya lo hemos analizado a lo largo de este trabajo, dichas limitaciones radican en que el progenitor que no tiene consigo al menor, sigue teniendo a su cargo las obligaciones inherentes a la patria potestad, y si bien no puede convivir con el menor, sí tiene una convivencia mermada llamada derecho de visita. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores, en caso de algún desacuerdo, el Juez de lo Familiar será el encargado de resolverlo. El menor de edad, quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de los titulares de la patria potestad. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

Al terminar la patria potestad, los que la ejercieron, deben rendir cuentas a los que fueron incapaces, y así mismo, devolverles todos los bienes patrimonial pecuniarios que tuvieron en administración, así el Código Civil en su artículo 442 dispone que las

⁴⁰ Gutiérrez y González, E. Derecho Civil para la Familia. op. cit. p 450.

personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

Pero hay ocasiones, señala Gutiérrez y González, en que la potestad no se pierde, sino que es precisamente el que debe ejercerla el que manifiesta su imposibilidad de seguir desempeñando esta institución, como sucede en los siguientes casos:

- Cuando el que debe ejercerla, según el Código Civil en su artículo 448, haya cumplido sesenta años.
- Cuando el que ejerce potestad, por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.

Capítulo 2 La Patria Potestad Prorrogada.

1. Antecedentes de la patria potestad prorrogada.

La patria potestad se caracteriza fundamentalmente por el conjunto de deberes de asistencia y protección que los padres tienen sobre sus hijos menores de edad no emancipados, para facilitar el cumplimiento de esos deberes la ley les reconoce derechos respecto a la persona y bienes de sus hijos.

La relación que deriva de la patria potestad se encuentra en correspondencia con las funciones que cumple la familia en el contexto social. Es así, que en virtud de la filiación y por medio de la patria potestad, se establece todo un complejo de relaciones entre padres e hijos, que en el ámbito de la familia en su función procreadora, satisfacen requerimientos de asistencia, protección y representación jurídica de los hijos menores de edad, al tiempo que se fundamentan en un principio de autoridad de los padres.

Las legislaciones en materia de Derecho civil, señala Concepción Toledo, que regulan disposiciones en relación al Derecho de familia prevén la patria potestad sólo para la minoridad, extinguiéndose aquélla cuando se arriba a la mayoría de edad, sin tomar en cuenta el grado de capacidad del individuo, “momento en el cual los mayores incapaces de hecho quedan en un estado de desamparo legal que sólo se suple cuando una vez declarados judicialmente incapaces mediante un proceso civil establecido por la ley, se les nombra un tutor”⁴¹, que en el supuesto que fuere uno de los progenitores de éste, al ejercerse el cargo de tutor unipersonalmente, le será deferido al mismo tanto la representación legal como la administración de los bienes del hijo incapaz a través de la tutela, similar tratamiento reciben los mayores de edad que por diversas razones pierden su capacidad de ejercicio.

⁴¹ Concepción Toledo, Iliana de la Caridad. La Protección Patrimonial de los Incapaces en la Legislación Civil y Familiar Cubana. Ed. Universidad Central “Marta Abreu” De Las Villas. Cuba. 2009. p. 6.

Así encontramos que nuestro Código Civil para el Distrito Federal, al regular la figura jurídica de la patria potestad y en el supuesto de existir incapacidad de los hijos sujetos a ésta, con la finalidad de protegerlos no sólo durante su minoría de edad sino también una vez alcanzada la mayoría de edad, momento en que la ley determina que ya no son sujetos de la patria potestad y por tanto ya no se encuentran bajo la protección que ofrece esta institución, pero al seguir subsistiendo circunstancias que implican la necesidad de establecer una figura jurídica de representación sobre el hijo incapaz, contempla y regula a la tutela como la institución de guarda y protección de los mayores de edad declarados legalmente incapaces.

Tal circunstancia demanda proporcionar un respaldo jurídico más efectivo a dichas situaciones y establecer las normas legales que amplíen las posibilidades de suplir su incompetencia para propiciar una mayor atención y protección a la persona y los bienes de los incapaces. Desde este punto de vista corresponde al Estado dictar normas, que en ausencia total de autonomía personal, suplan tal estado de incapacidad con formas de guarda que debe ofrecer y regular el Derecho.

Es así como la evolución que ha sufrido el Derecho civil en relación a la familia influye en las actuales concepciones de las instituciones tutelares, a través de la reformulación de la noción tradicional de algunas de ellas o con la aparición de nuevos institutos de protección, como veremos a continuación.

En la actualidad las legislaciones de diversos países como Bolivia, Panamá, El Salvador y España, han establecido otra institución de protección y guarda de los mayores de edad incapaces, esto es, sus leyes prevén y regulan la prórroga o continuidad de la patria potestad sobre los hijos mayores de edad declarados legalmente incapaces, bajo la figura jurídica denominada *patria potestad prorrogada*, con la finalidad de que ésta sea la que se constituya en lugar de la tutela en los supuestos y de conformidad con los requisitos que la propia ley establece, los que se analizarán a lo largo de este trabajo.

En España fue la Ley 11/1981 de fecha 13 de mayo de 1981 la que modificó el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, introduciendo por primera vez la regulación de la prórroga de la patria potestad en determinados supuestos, una vez que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad. Con ello se pretendía lograr dos objetivos importantes: en primer lugar, evitar que exista un vacío de representación legal durante el tiempo que va desde la mayoría de edad a la declaración de incapacidad del hijo, por lo que la declaratoria de incapacidad de un menor deber ser cuidada con el máximo rigor, y en segundo lugar, que no se produzca un cambio que altere la situación personal del afectado.

Al respecto, Albaladejo García señala que la introducción al Código Civil de España de la llamada *patria potestad prorrogada* establece una figura de gran interés práctico en la legislación, dado lo escasamente útil que en la vida real puede llegar a ser la tutela en la mayoría de los casos y que de hecho muchas veces no llega a establecerse efectivamente, “con esta nueva figura se persigue que los padres se sigan ocupando del hijo como hijo en potestad y con las atribuciones de los padres a quienes corresponde tal potestad, en vez de hacer preciso la constitución de la tutela, cuando el hijo alcance la mayoría de edad, ya que entonces saldría de la patria potestad, o aún cuando haya sido incapacitado después de alcanzarla. Además puesto que para esa tutela habrían de ser preferidos los padres, nada se pierde y mucho se ahorra, dejando que sigan ocupándose del hijo y de sus bienes como titulares de la patria potestad y no como tutores.”⁴²

Coincide Herrán Ortiz, al referir lo oportuno y trascendente que es la incorporación a la legislación española de la figura jurídica de la *patria potestad prorrogada*, ya que se resuelve de esta forma la situación de las personas con deficiencias psíquicas o con una incapacidad que llegaban a la mayoría de edad, por lo que ya no es necesario recurrir a la tutela, sino que por el mecanismo de la *patria potestad prorrogada* queda resuelta su representación alcanzada la mayoría de edad. Por tanto, señala que “la nueva institución de prórroga o prolongación de la patria potestad fue considerada desde un principio de forma positiva, ya que desde entonces no era preciso acudir a la constitución de la tutela para la representación de las personas mayores de edad con deficiencias psíquicas, y por

⁴² Albaladejo García, Manuel. Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia. T. IV. 5a Edic. Ed. Bosh. Barcelona. 1991. p. 301.

otro lado, se resolvía la cuestión de la designación de tutores, porque nadie mejor que los propios padres, que conviven con el hijo incapaz, para asumir su guarda y protección”⁴³.

Por su parte, Guitrón Fuentevilla y Roig Canal concluyen que la norma introducida por la reforma de 1981 al Código Civil de España no merece sino elogios, pues la reforma al regular las situaciones relativas a la patria potestad introdujo en el artículo 171 del Código Civil la hasta entonces novedosa figura jurídica de la *patria potestad prorrogada*, por medio de la cual “se evita el tener que constituir el complejo organismo tutelar, como se regulaba por la primitiva redacción del Código Civil de España, con la necesidad de la designación del tutor, ya que resulta evidente que si viven los padres y pueden, sean ellos los que guarden al hijo incapaz, cualquiera que sea su edad”⁴⁴.

La introducción de la figura jurídica de la *patria potestad prorrogada* en las legislaciones de diversos países ha adquirido una importancia notoria que se traduce en una necesidad de reglamentar los diferentes supuestos que esta institución prevé por aquellos países preocupados por regular y proporcionar una mayor protección a los mayores de edad incapaces, tal es el caso que podemos observar en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

El Senado de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico creó en 1997 una Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico de 1930, a fin de que la misma produzca una obra acorde a la actualidad, realizando una revisión total y una reforma del Código Civil de Puerto Rico de 1930, normatividad que compila todas las leyes relativas a los derechos privados de sus ciudadanos, prestando especial atención en conciliar todas sus partes con el fin de que resulte en una obra moderna, concordante y armónica, de conformidad con los objetivos establecidos para su creación.

⁴³ Lledó Yagüe, Francisco. Compendio de Derecho de Familia. Ed. Dykinson. España. 2002. p. 347.

⁴⁴ Lledó Yagüe, Francisco y Herrera Campos, Ramón. Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Ed. Dykinson. España. 2002. p. 75.

La Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico de 1930, ha contemplado la introducción a la legislación vigente de la *patria potestad prorrogada* como una de las alternativas jurídicas a problemas cotidianos reales que afectan a los ciudadanos de Puerto Rico y que corresponde, en consecuencia, atender y regular al Derecho, tal y como lo han manifestado los senadores miembros integrantes de esta Comisión, señalando además que dicha institución no tiene precedente legislativo en el Código Civil de Puerto Rico pero que se inspira en la figura jurídica de la *patria potestad prorrogada* que admite el artículo 171 del Código Civil español.

Con el objeto de entender los alcances de la *patria potestad prorrogada*, procederemos a analizar dicha figura jurídica.

2. Concepto de la patria potestad prorrogada.

La patria potestad, como señala O'Callaghan, es un efecto de la filiación, un sistema de cuidado, asistencia física y moral, educación y un medio de suplir la incapacidad del hijo, en esencia consiste en un régimen de protección de los menores donde se encomienda la defensa de éstos a sus padres.

Cuando el hijo menor de edad alcanza la mayoría de edad la patria potestad termina y en el caso de que exista una incapacidad en el hijo, que acorde al Código Civil para el Distrito Federal es aquella que le impide gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismo o por algún medio que la supla, “debe entonces declararse legalmente dicha incapacidad, conforme a los mecanismos que establece la propia ley, con la finalidad de constituir la tutela como la forma de representación jurídica y de protección del hijo mayor de edad incapaz, quien se encuentra desprotegido y sin representación legal durante el tiempo en que termina la patria potestad hasta que se constituye legalmente la tutela”⁴⁵.

⁴⁵ Idem.

La tutela se establece a través del procedimiento de declaratoria de incapacidad, llamado en nuestra legislación civil vigente juicio de interdicción, el cual sólo puede ser promovido cuando el hijo que presenta una incapacidad, de conformidad con los supuestos establecidos por la ley, alcanza la mayoría de edad, toda vez que es en ese momento en que deja de ser sujeto de la patria potestad y surge la necesidad de establecer una forma de protección sobre su persona y sus bienes.

Es por ello que las legislaciones de países como Panamá, El Salvador y España regulan ya no sólo a la tutela como institución de protección de los mayores de edad incapaces, sino que incluyen dentro de su normatividad a la figura jurídica de la *patria potestad prorrogada*, misma que podrá establecerse en lugar de la tutela en los supuestos que la propia ley determina, esto con el objeto de evitar esa falta de representación jurídica y de lograr una mayor protección del hijo mayor de edad incapaz.

La *patria potestad prorrogada* es una institución que implica una excepción a la extinción de la patria potestad por llegar el hijo a la mayoría de edad, esto es por la incapacidad del hijo, que puede producirse durante la minoridad o una vez alcanzada la mayoría de edad, siendo este hecho lo que determina su denominación y regulación por el Derecho, esto es, se regulan por la ley dos formas de *patria potestad prorrogada*: la propiamente prorrogada o subsistente sobre hijos declarados legalmente incapaces que alcanzan la mayoría de edad; y la rehabilitada, que se ejerce sobre hijos mayores solteros que, viviendo con los padres, son declarados legalmente incapaces; instituciones diferentes en cuanto a sus requisitos pero de efectos jurídicos equivalentes, como a continuación explicaremos.

En el primero de los supuestos indicados la patria potestad, al alcanzar la mayoría de edad el hijo incapaz, se prorroga por ministerio de ley, sin que sea necesario ningún otro procedimiento judicial. Ahora bien, la incapacidad del hijo deberá estar declarada judicialmente antes de que éste alcance la mayoría de edad, por lo que la actuación de los padres desde entonces se regirá por lo dispuesto en la resolución judicial de

declaración de incapacidad, y adicionalmente, por las normas que la propia ley establezca.

En este sentido, la *patria potestad prorrogada* traería como consecuencia que resultara innecesaria la constitución de la tutela, la que quedaría reservada para los demás casos o para cuando los padres incumplan los deberes y derechos que el ejercicio de la patria potestad encierra.

Entre los requisitos que exige la *patria potestad prorrogada* se encuentran:

- El hecho de que los hijos menores de edad no se encuentren sometidos a tutela. El menor de edad al carecer de capacidad legal, es necesario que actúe en su nombre su representante legal, por lo que si existe otra forma de protección y guarda sobre la persona del incapaz como lo es la tutela, resulta entonces lógico que el constituir la *patria potestad prorrogada* sea innecesario ya que una vez alcanzada la mayoría de edad se seguirá ejerciendo la tutela en los mismos términos en que fue establecida.

- El hijo menor de edad debe presentar una incapacidad. De conformidad con nuestro Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 450, tienen incapacidad aquéllas personas que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla. La legislación española establece al respecto, que la patria potestad se prorrogará en aquellos casos en que los hijos hubieran sido declarados incapaces por una enfermedad o deficiencia física o psíquica, de carácter permanente y que los prive de su capacidad de obrar, al llegar aquéllos a la mayor edad.

- El menor de edad debe ser declarado legalmente incapaz durante su minoría de edad. Este requisito obedece al artículo 201 del Código Civil de España que posibilita que durante la minoridad del hijo se pueda declarar su incapacidad por las causas que establece la propia ley, por lo que al poder preverse razonablemente que la incapacidad

del hijo persistirá después de la mayoría de edad, se procede entonces a declararlo incapaz de forma tal que, cumplidos los 18 años, esto es, al llegar a la mayoría de edad, la patria potestad quedará automáticamente prorrogada, por ministerio de la ley, con la extensión y alcances que determine la resolución que declara la incapacidad, que en nuestra legislación vigente es a través de la que se pronuncie en el juicio de interdicción respectivo, mismo que en la actualidad sólo puede ser promovido en el caso de mayores de edad incapaces.

En consecuencia, para que proceda la *patria potestad prorrogada* es necesario que previamente sea declarada legalmente la incapacidad del menor de edad mediante el procedimiento correspondiente, ya que ésta se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de declaratoria de incapacidad y, subsidiariamente, a las reglas que sobre la misma se establecen en la ley de la materia.

Por ello, cuando sea previsible que el menor continúe siendo incapaz aún después de alcanzar la mayoría de edad, es aconsejable iniciar el procedimiento para declarar la incapacidad mientras sea menor, en los países cuyas legislaciones así lo regulen y lo permitan. En este caso, iniciarán el proceso quienes ejerzan la patria potestad, con el efecto de quedar la guarda automáticamente prorrogada en beneficio del menor una vez que este alcance la mayoría de edad.

En conclusión, la *patria potestad prorrogada* es una institución jurídica por virtud de la cual los padres continúan en el ejercicio de la patria potestad con iguales prerrogativas que las que se tenían concebidas, esto se hace con la finalidad de lograr una mayor protección de los hijos incapaces y evitar la promoción del juicio de interdicción para constituir la tutela ante los tribunales con todos los inconvenientes que les traería a los padres, en los casos en que los hijos menores, en previsión del grado de incapacidad padecido, máxime si estamos hablando de una enfermedad mental profunda que le ha imposibilitado desde su nacimiento su realización personal individual, se declaren judicialmente incapaces antes de arribar a la mayoría de edad.

En relación al segundo supuesto que prevé la ley, esto es, al referirnos a la *patria potestad restablecida o rehabilitada*, como es llamada por la ley, es importante señalar que es regulada como otra forma o modalidad de la *patria potestad prorrogada*, ya que en este supuesto no hablamos propiamente de una prórroga o continuación de la patria potestad porque se entiende que en algún momento ésta dejó de ejercerse por los padres y que al sobrevenir una incapacidad sobre el hijo mayor de edad soltero se volvió a restablecer o rehabilitar dicha potestad con el objeto de proteger al hijo que siendo mayor de edad es declarado legalmente incapaz.

Ahora bien, en el supuesto en el que el hijo incapaz alcance la mayoría de edad sin que se haya realizado ninguna actuación para preparar su guarda, lo procedente será tramitar la declaración de incapacidad, solicitando que se establezca la tutela, o bien sometiénolo a otra forma de guarda y protección como lo es la patria potestad rehabilitada, no siendo posible establecer la *patria potestad prorrogada*, pues para que ésta tenga lugar es un requisito indispensable que se declare la incapacidad legal del hijo previa a su mayoría de edad.

Es así como la patria potestad puede ser rehabilitada por la autoridad judicial cuando los hijos mayores de edad sean declarados judicialmente incapaces, implica una extinción y posterior restauración de la patria potestad, porque el sujeto incapacitado no es ya un menor de edad, sino que alcanzó la mayoría de edad, razón por la cual al haber dejado de ser sujeto de la patria potestad se entiende que la misma será restablecida sobre el incapaz, siempre y cuando su estado civil sea el de soltero y resida o conviva con sus padres. En tales casos no se constituye judicialmente la tutela, sino que se establece la patria potestad rehabilitada en su lugar.

La rehabilitación de la patria potestad sobre los hijos incapaces exige como requisitos, los siguientes:

➤ Que el hijo mayor de edad sea soltero. Para el caso de la soltería, la jurisprudencia española, estipula que tal declaración puede hacerse extensiva al divorciado o a aquellos supuestos cuyo matrimonio sea declarado nulo.

➤ Que el hijo mayor de edad conviva con los padres. En cuanto a la convivencia con los padres debe atenderse fundamentalmente a la dependencia física y económica, siendo objeto de una interpretación bastante flexible ya que debemos entender por convivencia más que la efectiva residencia bajo un mismo techo o domicilio, el hecho de que los padres ejerzan plenamente sus funciones de guarda y custodia respecto del hijo. Ahora bien lo que sí se exige siempre es el hecho de que durante su minoridad hubiese estado sujeto a la patria potestad y no a la tutela.

➤ Que una vez alcanzada la mayoría de edad, el hijo sea declarado legalmente incapaz. Este criterio se sustenta en el hecho cierto de que la incapacidad puede estar ocasionada por una causa externa y no por una enfermedad crónica que toda su vida le hubiese limitado su capacidad de obrar, tal es el caso de una persona que por accidente pierda sus facultades y sea declarado legalmente incapaz, quizás no siempre residió con sus padres o en algún momento interrumpió su residencia establemente, pero si está dentro de las causales de incapacidad no sería justo negarle la rehabilitación de la patria potestad, como señala Concepción Toledo. No cabría la rehabilitación si los padres hubieran sido privados, extinguidos o suspendidos de la patria potestad, salvo si la han recuperado conforme a lo establecido por la propia ley⁴⁶.

En conclusión, si se trata del hijo mayor declarado legalmente incapaz, soltero y que vive en compañía de uno o de ambos padres, se da la posibilidad de rehabilitar la patria potestad en lugar de someterlo a la tutela.

La *patria potestad prorrogada*, en cualquiera de sus dos formas, “puede terminar por causas que la hacen ya innecesaria, o por hechos que, sin suponer ninguna modificación de las condiciones personales del mayor de edad incapaz, son determinantes para poner

⁴⁶ Concepción Toledo, I. de la C. *op. cit.* p. 64.

fin a esa situación especial sin perjuicio de proveer a continuación sobre la guarda y custodia del afectado”⁴⁷.

Así tenemos que la *patria potestad prorrogada* termina:

- Por muerte o declaración de fallecimiento del hijo o de ambos padres.

- Por haberse declarado la cesación de la incapacidad, lo que requiere observar la misma forma que para su constitución, es decir, es necesario que en este caso exista una resolución judicial que declare la cesación de la incapacidad del hijo.

- Por la adopción del hijo.

- Por haber contraído matrimonio el hijo incapaz, para lo cual es necesario que tenga la capacidad necesaria para prestar consentimiento, como ponen de manifiesto Díez-Picazo y Guillén Ballesteros.

Si al terminar la *patria potestad prorrogada* subsistiere el estado de incapacidad, la ley establece que se constituirá la tutela según proceda.

En conclusión, la *patria potestad prorrogada*, en cualquiera de sus modalidades o formas reguladas por la ley, es la excepción a la norma general que dispone que el ejercicio de la patria potestad termina con la mayoría de edad o la emancipación del hijo menor. Pretende que el vínculo jurídico que crea la guarda del menor y la administración de sus bienes trascienda la minoría de edad, lo que exige la extensión del alcance de la patria potestad. Se busca proteger propiamente al incapaz y conceder a los progenitores la facultad de actuar en estas circunstancias excepcionales.

En este sentido, es bajo la denominación *patria potestad prorrogada* que nos referiremos a lo largo de este trabajo y de forma indistinta tanto a la *patria potestad prorrogada* como a la patria potestad rehabilitada, pues como hemos señalado su finalidad y efectos jurídicos son equivalentes.

⁴⁷ Ruiz Serramalera, Ricardo. Derecho de Familia. Ed. Realigraf. Madrid. 1988. p .35

3. Fuentes de la patria potestad prorrogada.

En la literatura jurídica con la expresión “fuente del derecho” se alude al origen de las normas jurídicas y a su fundamento de validez. La expresión es ambigua y tradicionalmente equívoca, sin embargo, sus usos más generales son dos: en sentido amplio se aplica a los hechos, doctrina e ideologías que en modalidades diversas influyen sobre las instancias creadoras del derecho; en un sentido más técnico la expresión designa los eventos (hechos o actos) cuya realización es condición para que surja una norma en un determinado orden jurídico.

En la terminología jurídica tiene la palabra fuente tres acepciones que podemos distinguir en formales, reales e históricas. “Por fuentes formales generalmente se entienden los procesos de creación de las normas jurídicas. Con fuentes reales sea alude a todos los hechos sociales, factores y elementos que dan origen y determinan el contenido de las normas. Con fuentes históricas se hace referencia a la evidencia histórica que permite el conocimiento del derecho o bien se aplica a los actos o eventos pasados que dieron origen a las normas y principios jurídicos existentes”⁴⁸. Sin lugar a dudas, toda disposición jurídica tiene un origen histórico, un fundamento ideológico y una fuente formal.

El Diccionario Jurídico Mexicano al referirse a las fuentes del derecho señala lo siguiente:

“Fuente del derecho expresa así el conjunto de hechos reconocidos como apropiados para crear (modificar, sustituir, derogar) normas de un orden jurídico. Una norma es creada cuando es establecida por el procedimiento previsto y por la instancia social reconocida como creadora de derecho. Toda norma jurídica tiene una fuente. No existe norma sin una autoridad que la instituya. De lo anterior se

⁴⁸ Diccionario Jurídico Mexicano. T. VII. Voz: Fuente. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 2007. p. 1477.

puede concluir que fuentes del derecho son los hechos en virtud de los cuales una norma jurídica es válida y su contenido identificado”⁴⁹.

Las legislaciones de diversos países se encuentran determinadas “por las situaciones reales que el legislador debe regular, las necesidades económicas o culturales de las personas a quienes la ley está destinada y, sobre todo, la idea del derecho y las exigencias de la justicia, seguridad y el bien común”⁵⁰, tal y como lo señala Eduardo García Máynez. Todos estos factores y muchos otros de la misma índole, determinan el contenido de los preceptos jurídicos, y en tal sentido, como señala Claude de Pasquier, inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho, en consecuencia, determinar cuál es la fuente de la *patria potestad prorrogada* nos lleva a señalar como tal a la incapacidad legal del hijo, como a continuación analizaremos.

La *patria potestad prorrogada* busca proteger a los hijos cuya filiación ha sido establecida legalmente y que estando o habiendo estado sujetos a la patria potestad padecen una incapacidad legal para gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

Es por ello que debemos realizar la distinción de las personas capaces de las incapaces, y aunque más adelante haremos un análisis respecto de estos conceptos de conformidad a nuestro Derecho, es preciso señalar en primera instancia lo que se entiende por los mismos.

La capacidad se ha definido como la aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones y para ejercerlos por sí misma. La incapacidad es la ausencia de esa aptitud, que a su vez, será incapacidad de goce o de ejercicio; la primera, consistente en la ineptitud del sujeto de ser titular de derechos y obligaciones, y la segunda, es la ineptitud del sujeto para hacer valer por sí mismo los derechos y obligaciones de que es titular.

⁴⁹ Diccionario Jurídico Mexicano. *op. cit.* p. 1478.

⁵⁰ García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. México. 2003. p. 51.

La incapacidad jurídica es una característica distintiva de una persona, que trae como consecuencia la ineptitud para manejar por sí misma su vida jurídica, sin embargo, no existe persona alguna que tenga incapacidad de goce total, de hecho no existe ésta, únicamente son ciertas prohibiciones o limitaciones que el derecho señala a determinadas personas, generalmente por razón de la edad, ya que la capacidad de goce es la característica por excelencia de la calidad de persona en derecho, de manera que se le identifica y define en los mismos términos que la personalidad, no puede existir una total incapacidad de goce porque la misma significaría la negación de la personalidad.

De este manera, se dice que la única incapacidad que existe es la de ejercicio, ya que si una persona no tiene conciencia de lo que hace, de nada le serviría tener derechos y obligaciones, pues no podría hacer valer aquéllos ni cumplir éstas.

El Código Civil para el Distrito Federal regula en su artículo 450 y 451 dos clases de incapacidad de ejercicio, siendo la primera la natural y legal, aquella que poseen los menores de edad y los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla, y la segunda la legal, la que tienen los menores de edad emancipados por razón del matrimonio para realizar ciertos actos que requieren de la autorización judicial o en su caso de un tutor.

Los incapaces, sin embargo, pueden actuar por conducto de sus representantes legales, quienes actúan en su nombre y por cuenta del representado. La patria potestad y la tutela son los dos mecanismos que establece nuestra ley para solucionar la representación de los incapaces.

La patria potestad es la figura jurídica por virtud de la cual el Derecho protege a los incapaces naturales, en tanto que la tutela es la institución por medio de la cual se protege a las personas que no estando sujetas a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos.

Al extinguirse la patria potestad quedan los individuos que estaban sujetos a ella fuera de la acción de dicha autoridad; pero de esos individuos, unos entran en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y otros por incapacidad, son inhábiles para atender por sí mismos a sus personas e intereses, y necesitan del auxilio y dirección de otros quienes con su intervención completan su capacidad jurídica, como señala el maestro Manuel Mateos Alarcón.

De este modo, el Derecho mediante la figura jurídica llamada interdicción se encarga de anular la capacidad de ejercicio de las personas que tienen, una incapacidad legal, temporal o permanente, y tiene como finalidad la protección tanto del individuo como de su patrimonio.

Marcel Planiol y Georges Ripert definen la interdicción como “una sentencia por la cual un Tribunal Civil después de haber comprobado el estado de enajenación mental de una persona, la priva de la administración de sus bienes. Esta sentencia implica como resultado, la apertura de la tutela del sujeto a interdicción”⁵¹.

Es en este punto donde se produce la incompatibilidad dentro del régimen tutelar regulado en nuestro Derecho, pues la legislación civil sólo prevé la tutela como institución protectora fuera del marco del ejercicio de la patria potestad, aplicable sólo, cuando de mayores de edad se trata, a quienes hayan sido declarados legalmente incapaces para regir su persona y bienes, por razón de enfermedad o que por su estado particular de discapacidad, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

Es entonces cuando surge la necesidad de establecer en nuestro ordenamiento una figura jurídica que permita proteger al hijo incapaz una vez que se extingue la patria potestad por adquirir éste la mayoría de edad, más aún cuando es posible prever dicha incapacidad legal del hijo, ya que un hijo que padece una enfermedad mental será incapaz, esté o no declarado legalmente en estado de interdicción.

⁵¹ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1983. p. 430.

En la actualidad no todos los sujetos que presentan una incapacidad son declarados legalmente en estado de interdicción, perjudicando de este modo al incapaz en razón de que esta figura jurídica debe ser de protección total y efectiva, no únicamente para los bienes del incapaz sino también para su persona, puesto que al ser una institución creada por el derecho debe velar por la protección total del incapaz.

Es por ello que resulta conveniente y por demás necesario el introducir y regular la figura jurídica de la *patria potestad prorrogada* como una institución de protección de los hijos incapaces, ya que no debemos olvidar que el Derecho no crea figuras jurídicas caprichosamente, puesto que al hacerlo siempre existe un fundamento que las requiere, en este caso nos referimos a la *patria potestad prorrogada* como la figura jurídica a través de la cual el hijo incapaz puede hacer valer sus derechos de tal manera que no sufra daños en su persona ni en sus bienes una vez que la patria potestad se extinga al alcanzar éste la mayoría de edad.

4. Características de la patria potestad prorrogada.

Las legislaciones van desarrollando su regulación específica, de la que se pueden extraer ciertos caracteres generales que analizaremos con la finalidad de determinar los derechos y obligaciones que forman el contenido de la *patria potestad prorrogada*.

Algunas notas son de esencia puramente institucional, de las cuales no se puede prescindir por estar enlazadas con el concepto y naturaleza de la patria potestad, institución en la que encuentra su fundamento la *patria potestad prorrogada*; otras, sin embargo, constituyen aspectos positivos o coyunturales que, aún considerados como indispensables en un momento determinado, pueden estar sujetos a mayor o menor modificación, según las necesidades de cada época.

Consecuentemente, podemos señalar como características de la *patria potestad prorrogada*, las siguientes: es un derecho subjetivo, y al igual que la propia patria potestad, es personal, irrenunciable, intransferible e imprescriptible.

— **La *patria potestad prorrogada* es un derecho subjetivo.**

Nuestro Derecho vigente, como la casi totalidad de sus contemporáneos, configura a la institución de la patria potestad no solo como un derecho subjetivo sino como una potestad que el Derecho positivo atribuye de manera irrenunciable a los padres para que éstos puedan desarrollar adecuadamente la esencial función que les compete de cuidado y formación integral del hijo menor de edad, derecho que en el caso de la *patria potestad prorrogada* es de carácter subjetivo ya que nos referimos a las facultades que una persona recibe del Derecho objetivo y de las cuales se buscan las consecuencias jurídicas, pues no debemos olvidar que los intereses que son guardados por el orden jurídico a través de esta institución son los de otorgar una mayor protección a los hijos mayores de edad que han sido declarados legalmente incapaces.

Debemos entender que “derecho, en sentido subjetivo, es la posibilidad de hacer (o de omitir) lícitamente algo.”⁵² Es entonces el derecho subjetivo una posibilidad, porque la atribución del mismo a un sujeto no implica el ejercicio de aquél; pero esa posibilidad de hacer o de omitir en cuanto a su realización ostenta el signo positivo de la licitud.

Lo anterior, nos lleva a considerar que la *patria potestad prorrogada* es tutelada como un derecho subjetivo en el que las facultades o potestades jurídicas inherentes a la misma deben ser reconocidas por el Derecho para que las personas sujetas a esta puedan ejercerlas, con la finalidad de que se les permita efectuar determinados actos para satisfacer ciertas necesidades e intereses junto a una correspondiente protección o tutela en su defensa, aunque siempre delimitado por el interés general de la sociedad que se ve reflejado en la necesaria protección de los hijos incapaces.

⁵² García Máynez, E. *op. cit.* p. 16.

No obstante lo anterior, la *patria potestad prorrogada* en su conjunto, no puede ser considerada, solo como un derecho subjetivo o como una suma de poderes unitarios que su titular puede utilizar a su arbitrio, sino como una situación jurídica que tiene un contenido muy particular, dirigido al cumplimiento de una pluralidad de funciones concretas, en el que si alguna de las facultades que se conceden a los padres puede alcanzar la categoría de derecho subjetivo, siempre se encuentra matizado por su origen especial y su destino particular, ya que no debemos perder de vista que su finalidad principal es proteger al hijo que padece una incapacidad con los mismos derechos y obligaciones que cuando se ejercía la patria potestad.

— **La *patria potestad prorrogada* es un derecho personal.**

Es un derecho personal porque “la relación que deriva de la filiación y que se ejerce bajo la patria potestad se caracteriza esencialmente por los deberes de protección, asistencia y representación que se exige a los padres en relación con sus hijos, pero para conseguir estas finalidades se necesita complementar aquellas obligaciones con unas posibilidades de actuación o poderes que se tienen que conceder a los padres como elemento auxiliares de ese contenido principal”⁵³, los que en el caso de la *patria potestad prorrogada*, como su nombre lo indica, se prorrogarán, o en su caso de rehabilitarán, con la finalidad de no dejar en un estado de indefensión al hijo que es declarado legalmente incapaz.

Desde esta consideración las facultades que la ley otorga a los progenitores encuentran fundamento en el beneficio de los hijos y no en la satisfacción de los intereses propios de los padres, en virtud de que el fundamento de la *patria potestad prorrogada* radica en provenir de “una institución natural que necesita del Derecho positivo para actuarse”⁵⁴, y que por su especial naturaleza solo puede ser ejercida por los padres del hijo incapaz que en su momento fueron titulares de la patria potestad.

— **La *patria potestad prorrogada* es un derecho irrenunciable.**

⁵³ Ruiz Serramalera, Ricardo. *op. cit.* p. 40.

⁵⁴ Lledó Yagüe, F. Compendio de Derecho de Familia. *op. cit.*, p. 312.

No debemos olvidar que la *patria potestad prorrogada* tiene su fundamento en una institución de interés público y social, por lo que no es posible su renuncia, ya que se pronunciaría siempre en perjuicio de tercero, que en este caso es el hijo incapaz, a quien perjudica sin duda que el padre o la madre se libere de aquellos deberes que decidió por propia voluntad prorrogar o rehabilitar mediante el ejercicio de esta figura jurídica, y que si llegaran a renunciar estaríamos ante un incumplimiento del ordenamiento jurídico.

La *patria potestad prorrogada* es una institución jurídica que recoge una función social y familiar que se desarrolla en el mundo fáctico en la mayoría de las ocasiones, por lo que una vez que se solicita la prórroga o rehabilitación de la patria potestad no se permite una posible dejación voluntaria de su contenido, en cambio sí es posible considerar y admitir ciertas causas de privación legal, en aquellos supuestos en que se considere perturbadora su continuidad.

No obstante, los padres no pueden modificar o alterar la titularidad que les corresponde, pues como hemos señalado, una vez prorrogada o rehabilitada la patria potestad, ésta no puede ser sujeta a renuncia alguna, pues estamos ante la presencia de obligaciones y derechos adquiridos por voluntad de uno o ambos padres del hijo incapaz y que afectan directamente su esfera jurídica.

— **La *patria potestad prorrogada* es un derecho intransferible.**

La *patria potestad prorrogada*, como hemos señalado, tiene su origen en la filiación y su fundamento es la incapacidad legal del hijo, de manera que solo esta circunstancia determina su nacimiento y permanencia, por lo que no es admisible ningún acto o negocio por el cual se pueda transferir a otra persona, una vez que ha sido instituida esta figura jurídica. Únicamente cuando su titular no pueda ejercerla, la ley suplirá su falta con la institución tutelar.

En consecuencia, la *patria potestad prorrogada* está fuera del comercio y no puede cederse, de lo contrario provocaría un perjuicio irreparable para el hijo incapaz.

— **La *patria potestad prorrogada* es un derecho imprescriptible.**

Los dos caracteres anteriores suponen la exclusión de la *patria potestad prorrogada* del comercio de los hombres y por ello queda al margen de toda posible idea de pérdida por el paso del tiempo. Su falta de ejercicio efectivo puede llevar consigo otras consecuencias jurídicas, pero nunca su extinción por deseo voluntario o negligencia.

No debemos olvidar que la *patria potestad prorrogada* no se extingue mientras exista la condición legal del sujeto sometido a ella, y solo en aquéllos supuestos que la propia ley establece y regula.

5. Sujetos de la *patria potestad prorrogada*.

La *patria potestad prorrogada* es una institución destinada a los hijos incapaces sobre los que se ejerce o se ejerció la patria potestad, teniendo la posibilidad los padres de prorrogar o rehabilitar dicha potestad, con la finalidad de evitar que se deje en un estado de indefensión al hijo incapaz durante el tiempo en que deba ser establecida una figura jurídica de protección sobre su persona y sus bienes.

Esto es consecuencia de que los hijos incapaces tienen únicamente capacidad de goce, pero no tienen capacidad de ejercicio, por lo que para poder ejercer sus derechos, tienen que hacerlo necesariamente por conducto de los que ejercen sobre ellos patria potestad, y tienen, consecuentemente su representación.

La representación consiste en posibilitar la actuación jurídica de una persona por medio de un tercero o representante, el cual exterioriza una voluntad susceptible de producir efectos jurídicos, o sea, “es aquella actividad por la cual, sustituyendo ante

terceros la persona o la voluntad del representado y actuando por cuenta de él, las consecuencias de la conducta del representante recaen en el representado”⁵⁵.

Es así que para que el incapaz pueda comparecer a juicio, contraer válidamente una obligación o realizar cualquier acto de dominio sobre los bienes pecuniarios de su patrimonio, tiene que hacerlo por medio de la representación que le asiste al o a los que ejercen sobre él potestad.

Es importante señalar que no es posible establecer la *patria potestad prorrogada* en aquellos casos en que el sujeto que presenta una incapacidad legal durante su minoría o mayoría de edad no cuente con las personas titulares de la patria potestad, esto es, en el supuesto de que se ejerza sobre el incapaz otra figura jurídica de protección como la tutela, no cabría la posibilidad de esta institución de protección pues es un requisito indispensable que sean los sujetos que ejercen potestad los que soliciten su prórroga o rehabilitación.

Lo anteriormente señalado, responde al objetivo que se busca con la *patria potestad prorrogada*, esto es, en el supuesto de que se presente la incapacidad del hijo, que todas aquellas obligaciones y derechos que se otorgan a las personas titulares de la patria potestad se prorroguen o rehabiliten en los mismos términos en que se venían ejerciendo o se ejercieron, ello con la finalidad de brindar una mejor y mayor protección al incapaz, y sin que las mismas se vean perturbadas por las limitantes que la ley se ve obligada a establecer, como en el caso de la tutela.

Es claro que el hecho de que sean los padres quienes ejerzan la titularidad de la *patria potestad prorrogada*, es lo que brinda una mayor certeza y seguridad jurídica en el ejercicio de esta institución de protección, pues se presume que al tener su origen en la relación existente entre los padres y el hijo incapaz, el cuidado y el cumplimiento de las obligaciones que se establecen serán siempre en beneficio del hijo debido al cariño y afecto existente entre las partes, situación que en el supuesto de la tutela no siempre es

⁵⁵ Concepción Toledo, I. de la C. *op. cit.*, p. 38.

posible que suceda pues existe la probabilidad de que quien ejerza el cargo sea una persona distinta a los padres del incapaz.

La misma prerrogativa y presunción se tiene para el caso de que las personas que ejerzan la patria potestad no sean los padres sino los abuelos del hijo incapaz, pues se insiste en que la relación afectiva entre las partes permite considerar que la *patria potestad prorrogada* se ejercerá con la mejor disposición para lograr una protección íntegra y en busca de un mayor beneficio para el incapacitado.

En conclusión, son sujetos de la *patria potestad prorrogada*: el hijo declarado legalmente incapaz, y el padre y/o la madre o quienes ejerzan la titularidad de la patria potestad, quienes solicitarán la prórroga o rehabilitación de dicha potestad.

Siendo importante, precisar y distinguir entre las siguientes figuras jurídicas:

- ◆ *Patria potestad prorrogada* en sentido propio. Los sujetos serán los padres y el hijo menor de edad sujeto a la patria potestad declarado legalmente incapaz, dicha potestad quedará prorrogada, por ministerio de la ley, al llegar aquél a la mayoría de edad.

- ◆ *Patria potestad rehabilitada*. Los sujetos serán los padres y el hijo mayor de edad soltero que habite o conviva en compañía de sus padres, o de cualquiera de ellos, declarado legalmente incapaz, por lo que se rehabilitará la patria potestad.

Es así como podemos señalar que la titularidad de la *patria potestad prorrogada* corresponderá conjuntamente a ambos progenitores si los dos ejercen o ejercieron la patria potestad y si es su voluntad que esta se prorrogue o rehabilite, en virtud de que la titularidad y ejercicio conjuntos de la patria potestad constituyen la norma general prevista por el legislador por ser la situación deseable en orden a la mejor protección del interés del hijo, además de obedecer al principio de igualdad entre los cónyuges, pero no necesariamente deberá ser solicitada dicha prórroga o rehabilitación por el padre y la madre.

6. Diferencia de la patria potestad prorrogada con otras figuras jurídicas que protegen a los incapaces.

Declarada la incapacidad, total o parcial, de un individuo mediante sentencia judicial, el siguiente paso es nombrar a la persona que le va a representar o, en su caso, asistir en todos aquellos ámbitos de la vida y para todos aquellos actos que no pueda realizar por sí solo.

Nuestra legislación vigente, el Código Civil para el Distrito Federal, solo prevé como formas de representación legal de los incapaces, a la patria potestad para el caso de los menores de edad y en su defecto, a la tutela, que también es la forma de guarda posible para los mayores de edad declarados legalmente incapaces, y a la curatela, institución complementaria a ésta última, mediante la cual se establece una vigilancia al tutor para la protección permanente del pupilo y de sus intereses, figuras que a continuación analizaremos.

Hemos definido a la patria potestad como la figura jurídica por virtud de la cual se regula el conjunto de deberes y derechos que se reconocen a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

En tanto viven los padres de un menor de edad, la persona de éste, sin importar que presente una incapacidad legal, y sus bienes se encuentran sometidos a la patria potestad. Ésta pasa a la muerte de los padres a los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias propias del caso. La patria potestad terminará cuando el hijo arribe a la mayoría de edad, se emancipe, se le adopte o con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.

Si nos detenemos a analizar la terminación de la patria potestad de los padres sobre los hijos que se establece al arribar estos a la mayoría de edad, todo parece indicar que

se les abandona a su suerte, como coloquialmente se dice en nuestro contexto social, ya que ni siquiera se hace la debida distinción con respecto a la capacidad de que puede disponer la persona para continuar su vida, despojando a una institución de tanta importancia como lo es la patria potestad, de cualquier rasgo de humanidad y afectividad, que se fortaleció al asignarle deberes y derechos, y al considerarla una de las más importantes dentro de la familia y ésta a su vez dentro de la sociedad.

En consecuencia, para suplir tal defecto la ley autoriza la constitución de la tutela para los incapaces, institución jurídica que tiene por objeto la guarda y protección de la persona y los bienes del incapaz. Es consecuencia de un proceso de incapacitación, llamado en nuestra legislación vigente juicio de interdicción, en el que se establece y se constituye como un deber que se ejerce en beneficio del tutelado, siempre bajo la supervisión de la autoridad judicial.

La tutela en su parte fundamental y en su existencia definitiva, es una institución que opera a falta de la patria potestad, es subsidiaria de ésta, esto es, en el supuesto de que el hijo menor de edad presente una incapacidad legal, este se encontrará bajo la guarda y custodia de sus padres como titulares de la patria potestad, pero una vez que el hijo alcance la mayoría de edad terminará dicha potestad y se deberá establecer en su lugar la tutela, ya que en nuestro país tutela y patria potestad se excluyen entre sí.

La tutela es un poder protector, cuyo origen no está en la naturaleza, sino en la ley que la establece para suplir la incapacidad, ya de los menores a quienes les falta la protección natural de la patria potestad, ya de los incapacitados en general. Es una “institución de interés público, con la finalidad de la representación jurídica, protección de la persona y administración de bienes de los menores de edad no sujetos a patria potestad y mayores de edad incapacitados, quien la ejerce se denomina tutor y sobre quien se ejerce, llámese pupilo”⁵⁶.

El vocablo tutela proviene del latín "tutela" que a su vez deriva del verbo "tueor" que significa preservar, sostener, defender, es así que podemos definirla como "el mandato

⁵⁶ Zavala Pérez, Diego. Derecho Familiar. Ed. Porrúa. México. 2006. p 351.

que emerge de la ley determinando una potestad jurídica sobre la persona y bienes de quienes, por diversas razones, se presume hacen necesaria en su beneficio tal protección⁵⁷.

Nuestra ley se limita a determinar su objeto, sin dar propiamente una definición, así tenemos que el artículo 499 del Código Civil para el Distrito Federal señala que el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare, en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.

En Derecho civil, el concepto de la tutela se restringe a los llamados incapaces de ejercicio, bien sean menores de edad o mayores de edad sujetos a interdicción, cuando aquellos requieren una suplencia de la patria potestad o una extensión de la misma pues la nota fundamental de la tutela es el fin de protección, puesto de relieve por su misma etimología, 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.

A través de la tutela, el ejercicio del poder que se otorga es el de un verdadero mandato legal, una investidura civil, un cargo que la ley impone con la finalidad de auxiliar al incapaz, defenderle en su persona y bienes, por lo que es de orden público o de interés legal, como todas las leyes que se refieren al estado de la persona y protección de los incapaces, de conformidad con el artículo 138 Ter del Código Civil para el Distrito Federal; y por esto, ni disposiciones particulares, ni del poder judicial, pueden modificar las leyes respecto de la tutela. Todo ello constituye un orden principal del derecho por encima de las voluntades, por lo que es obligatorio aunque se admiten excusas justificadas.

⁵⁷ Diccionario Jurídico Mexicano. *op. cit.* p. 3187.

La institución de la tutela se crea y organiza en las leyes para cuidar de la persona o patrimonio de un tercero, es por tanto una institución de defensa o de protección similar a la patria potestad, ya que ésta determina el contenido de aquélla, siendo sus principales caracteres los siguientes:

- ⊕ Naturaleza pública del oficio, en virtud de que la tutela es consecuencia de un proceso de interdicción, por el que se establece y se constituye como un deber que se ejerce en beneficio del tutelado, siempre bajo la supervisión de la autoridad judicial por lo que su utilización ha sido considerarla como un oficio público, como una institución de asistencia y protección de la persona y los bienes del incapacitado.

- ⊕ Obligatoriedad de la función, ya que al ser una función social la ley la impone a las personas aptas para proteger a menores de edad y mayores incapaces en la realización de los actos de su vida jurídica.

- ⊕ Generalidad del poder conferido al tutor, ya que la tutela, como se ha dicho, comprende el cuidado de la persona del menor, sustento, educación, protección en general, representación de los actos civiles y administración de los bienes, determinándose su contenido en atención al incapaz.

- ⊕ Indivisibilidad y unidad del poder tutelar, ya que éste es atribuido a una sola persona, y no puede fraccionarse entre varios tutelares, por lo cual una persona sólo puede tener un tutor.

La tutela se asemeja a la *patria potestad prorrogada* en que ambas son instituciones con contenido personal y patrimonial que comprenden el cuidado de la persona del incapaz, sustento, educación, protección en general, representación en actos civiles y administración de los bienes, como remedio de la incapacidad.

Es así que podemos señalar que la tutela es una patria potestad restringida, el tutor tiene limitantes mayores por inspirar menos confianza, y esto, tanto por lo que se refiere al contenido personal como patrimonial:

▲ Los menores incapaces 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 prorrogada*, quien lo hace con todas las facultades que derivan de la patria potestad.

▲ La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima, conforme a los artículos 452 y 452 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, que establece que el que se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado.

▲ 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. No existe en México, como en España, un Consejo de Familia.

La tutela es sinónimo de defensa y de protección, por lo tanto, cada acto realizado por el tutor debe ir dirigido siempre a proteger y salvaguardar los intereses y la persona del que no puede hacerlo por sí mismo, puede ser cautelar, testamentaria, legítima, dativa y de los menores en situación de desamparo.

Hay pues, gran analogía entre la tutela y la *patria potestad prorrogada*, el objeto de ambos es el mismo: la educación del hijo y la administración de los bienes, pero los medios difieren entre sí, por cuanto el legislador confiere a los padres un poder más amplio que el de los tutores, el padre tiene derechos que jamás podrá tener el tutor.

Las funciones del tutor prácticamente son las mismas que en la *patria potestad prorrogada*, no obstante difieren entre sí en que el tutor tiene un mayor número de obligaciones, conforme al artículo 537 del Código Civil para el Distrito Federal, podemos señalar las siguientes:

I. A alimentar y educar al incapacitado, gastos que no recaerán en forma alguna en el patrimonio del tutor.

II. A destinar, de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades y a su rehabilitación derivadas de éstas o del consumo no terapéutico de sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese fin, que produzcan efectos psicotrópicos.

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.

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 dieciséis años. La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él y no al tutor.

V. A representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales.

VI. A solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella.

Es de esta forma que podemos señalar, tal y como ha sido establecido por el Tribunal Supremo de España en sentencia de fecha 23 de marzo de 1993, no es lo mismo tutela y prórroga de la patria potestad, ya que los padres no necesitan autorización judicial para el ejercicio de las acciones de sus hijos bajo su potestad, lo que sin lugar a dudas permite que la regulación e introducción de la figura jurídica de la *patria potestad prorrogada* a nuestra legislación resulte por demás conveniente.

La apertura de la institución de la tutela debe ser inmediata al fallecimiento de la última persona que ha ejercido sobre el sujeto la patria potestad o una vez que se inicia ante el juez la declaratoria del estado de interdicción del mayor de edad incapaz. Los jueces y parientes deben obrar con la necesaria rapidez, para que el menor o el incapaz no queden nunca exentos de protección legal, lo cual es altamente peligroso, por ello es

necesario regular la figura jurídica de la *patria potestad prorrogada*, con la finalidad de evitar el desamparo legal del hijo incapaz durante esta transición.

Nuestra legislación civil regula junto a la tutela, la figura jurídica de la curatela, por medio de la cual se establece un vigilante al tutor para la protección permanente del pupilo, sin perjuicio de que llegue a sustituir a aquél en sus funciones defensivas cuando se produzca oposición de intereses entre el tutor y su pupilo.

El vocablo curatela se deriva del latín “*curare*”, que significa cuidar, la que en su origen en el Derecho romano solo se refería a los bienes de la persona sujeta a la tutela. La curatela es un cargo voluntario a diferencia de la tutela, pero obliga a responder de los daños y perjuicios que se ocasionen al pupilo cuando no se cumplan los deberes prescritos por la ley, una vez aceptado y discernido judicialmente el cargo de curador.

De conformidad con el Código Civil para el Distrito Federal, todas las personas sujetas a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, deben tener un curador, con excepción de aquellos casos en los cuales se trate de menores expósitos o abandonados quienes quedan bajo la tutela del procurador o procuradores auxiliares en materia de asistencia social y de aquellos en los cuales los menores de edad no están sujetos a patria potestad ni a tutela testamentaria o legítima, pues en estos casos, se les nombrará un tutor dativo quien cuidará de su persona para recibir educación conforme a su posibilidad económica y sus aptitudes.

La curatela “es una institución de guarda y protección de los intereses de los menores o incapacitados, la definición en el fondo en nada se diferencia de un concepto genérico de la tutela”⁵⁸. La exposición de motivos del Código Civil de 1870, señalaba que se había determinado dar al curador un carácter distinto del que había tenido hasta entonces, para convertirse en un vigilante fiscal del tutor y una nueva garantía del incapacitado, por esta razón dispuso que todos los sujetos a la tutela tendrían curador, su nombramiento, sus impedimentos y excusas serían los mismos que los de los tutores,

⁵⁸ Ibarrola, Antonio De. Derecho de Familia. Ed. Porrúa. México. 2006. p. 531.

sus obligaciones serían vigilar al tutor, dar parte al juez de lo que creyera podía dañar al menor y de la falta de tutor para que se proveyera conforme a derecho.

En la actualidad, de conformidad con el artículo 626 del Código Civil para el Distrito Federal, el curador está obligado:

I. A defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor.

II. A vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado.

III. A dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela.

IV. A cumplir las demás obligaciones que la ley le señale.

Es así que podemos señalar, que cuando los derechos de los incapacitados se opongan a los intereses del tutor, o a los de otros incapaces bajo la guarda del mismo tutor, la autoridad judicial debe nombrar dentro del juicio un curador, puesto que su función radica en vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento de la autoridad judicial todo aquello que considere pueda dañar al incapacitado.

Si el curador no cumple, y se causan daños y perjuicios con su conducta u omisión, será responsable de los mismos y cesará en sus funciones en el momento en que el incapaz salga de la tutela, ordenando la ley que si varían las personas de los tutores, el curador debe continuar en la curaduría. Un derecho especial del curador, es que después de transcurridos diez años de su curatela, podrá ser relevado de sus funciones. Respecto a los honorarios del curador, se le deben pagar de acuerdo al arancel, comparándolo con los procuradores, sin que por ningún otro motivo pueda pretender mayor retribución, y si hiciera algunos gastos en el desempeño de su cargo, también se le pagarán.

Actualmente priva la corriente de la inutilidad de la curatela, en atención a las circunstancias de que su función de control y vigilancia se desempeña también por otros organismos como son el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público y el propio Juez de lo Familiar, y que por otra parte, el pago de su remuneración constituye un gravamen más en el patrimonio del pupilo generalmente limitado, y de que en múltiples ocasiones se colude con el tutor para que no lleguen al conocimiento del juez las irregularidades cometidas por aquél en el aspecto privado de los negocios que realicen por cuenta del pupilo.

Así podemos válidamente concluir que la tutela como institución jurídica de protección sustituye a la patria potestad cuando ésta termina en los casos en que el hijo incapaz arriba a la mayoría de edad, “se establece de forma alternativa ante la ausencia de los padres, por lo que no tiene razón de ser si éstos se mantienen vivos y en condiciones de atender todos los requerimientos del hijo con la disposición necesaria”⁵⁹.

No debemos olvidar que instituir a la tutela en estas circunstancias implicaría una mayor restricción en las facultades que la *patria potestad prorrogada* concede a los progenitores para representar y administrar los bienes y la persona de los hijos, sin excesivas medidas judiciales de control, lo cual resulta lógico por la confianza que esta figura jurídica por su propio carácter genera al proceder de una institución de derecho natural, como lo es la patria potestad.

7. Efectos jurídicos de la regulación de la patria potestad prorrogada.

En la práctica judicial de nuestra legislación, todas las formas de guarda en relación con los sujetos declarados legalmente incapaces se suplen con la tutela, institución con fines muy nobles de protección y asistencia que tiene excelentes propósitos para cuando el incapacitado no tiene la dicha de contar con el apoyo incondicional de sus padres,

⁵⁹ Concepción Toledo, I. de la C. *op. cit.*, p. 52.

para ejercer la *patria potestad prorrogada o rehabilitada*, en cuyo caso esta relación es irremplazable, haciendo innecesaria la utilización de la institución tutelar, la que quedaría contemplada para los demás casos o para cuando él o los padres incumplan los deberes y derechos que el ejercicio de la *patria potestad prorrogada* encierra.

La patria potestad como institución jurídica debe primar por encima de otras instituciones tutelares cuando coincida en la misma persona la condición de padre del incapaz con la de posible tutor, por lo que dado el caso debe proceder la *patria potestad prorrogada o rehabilitada* según corresponda, antes de acudir a cualquier otra variante de representación legal, lo que no es posible en México por no estar previsto en nuestra legislación vigente.

Situándonos entonces ante la urgente necesidad de acoger la denominada *patria potestad prorrogada o rehabilitada* por medio de la cual los padres de los hijos incapaces cuando estos arriben a la mayoría de edad, conservarían la patria potestad sobre ellos o se les restablecería, siempre en concordancia con el grado de la enfermedad o padecimiento mental, que puede ser determinado en el proceso de declaración de incapacidad por la autoridad judicial competente, que establecería los límites y el alcance de la enfermedad, previo dictamen pericial médico o en su caso con posterioridad a arribar a la mayoría de edad para las personas que se les presente una incapacidad total que les prive del discernimiento.

En consecuencia, la regulación de la *patria potestad prorrogada* implica una mayor protección de los incapaces, ya que en los casos en que sea posible prever que la incapacidad persistirá al concluirse el ejercicio de la patria potestad, será posible y por demás conveniente que se establezca esta figura jurídica para que al llegar a la mayoría de edad en ningún momento se encuentren desprotegidos los hijos incapaces, esto permitiría que los padres no se vean en la necesidad de recurrir a la institución de la tutela y que solo tengan que solicitar la declaración de incapacidad del hijo durante su minoría de edad.

Es en este punto donde se produce la primera incompatibilidad con nuestro Derecho, ya que será necesario en primer lugar regular la declaración del estado de interdicción en el caso de los menores de edad que presenten una incapacidad legal, y no solo como sucede en la actualidad, que sólo es posible tramitarla en tratándose de mayores de edad que presentan una incapacidad legal.

Esto es con la única finalidad de que al permitir declarar en estado de interdicción a un menor de edad que padece de una incapacidad legal, se cree al mismo tiempo la posibilidad de incluir y regular en nuestra legislación a la figura jurídica de la *patria potestad prorrogada*.

En estas condiciones sería entonces factible concluir que para los casos en que se desee prorrogar la patria potestad, la declaración de incapacitación debe promoverse a instancia de los padres o de uno de ellos, al que le corresponda la patria potestad, en cualquier momento a partir de que sea previsible que la incapacidad que padece el hijo subsistirá aun después de que alcance la mayoría de edad, de forma tal que impida que al arribar este a dicha mayoría de edad se extinga la patria potestad de los padres y provoque un estado de desamparo temporal hasta tanto se declare judicialmente la incapacidad y se provea respecto de la tutela.

En caso contrario, cuando el menor arribe a la mayoría de edad y se termine la patria potestad sin que sea necesaria la declaración y por circunstancias sobrevenidas se provoca la incapacidad total, entonces la declaración judicial sería posterior, siendo imprescindible los pronunciamientos respecto al restablecimiento de la patria potestad.

En conclusión, podemos señalar que los principales efectos jurídicos de la regulación de la *patria potestad prorrogada*, son los siguientes:

- En el orden procesal cuando sea previsible que el menor continúe siendo incapaz aún después de alcanzar la mayoría de edad, es aconsejable iniciar el procedimiento de incapacitación mientras sea menor. En este caso, iniciarán el proceso quienes ejerzan la patria potestad, o en su caso, la tutela, con el efecto de quedar la guarda

automáticamente prorrogada en beneficio del menor una vez que este alcance la mayoría de edad.

- Procederá la *patria potestad prorrogada*, cuando la persona incapacitada sea menor de edad y conviva con sus padres, o con solo uno de ellos. En este caso, el Juez que aprecie la incapacidad declarará prorrogada la patria potestad a favor de los progenitores, para cuando el hijo incapaz alcance la mayor edad.

- La situación jurídica del menor declarado incapaz será contemplada incluso para el momento en que éste alcance la mayoría de edad, por ello se establece que si el incapaz estaba sujeto a patria potestad, ésta se prorroga con sujeción a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación y subsidiariamente por las reglas de la patria potestad

- Cuando el hijo alcanza la mayoría de edad sin que se haya realizado ninguna actuación para preparar su guarda, si es soltero y convive o vive con sus progenitores, o con uno de ellos, se puede instar la incapacitación, solicitando bien la rehabilitación de la patria potestad, o bien sometiénolo a otra forma tuitiva, pues para que tenga lugar la *patria potestad prorrogada* es requisito la incapacitación judicial previa a la mayoría de edad.

- Las funciones que ejercen los padres son las mismas que se establecen si el hijo fuera menor, de modo que, lo representan legalmente, administran sus bienes, y velan por él procurándole los cuidados y la atención que sean necesarios.

- Los padres que ejerzan la titularidad de la *patria potestad prorrogada* no necesitarán autorización judicial para el ejercicio de las acciones de los hijos que estén bajo su potestad, pues estamos ante la prórroga o rehabilitación de la potestad que como padres ostentan sobre sus hijos, por lo que la ley no exige los mismos requisitos como en el caso de la tutela, al tratarse de una atribución que tiene su origen en la filiación y que por ese simple hecho inspira una mayor confianza en las personas que ejercerán la *patria potestad prorrogada*.

▪ Asimismo, la *patria potestad prorrogada* podrá ejercerse por uno o ambos progenitores, “ya que en caso de existir una patria potestad que se ejerza conjuntamente es posible que también se estructure su prórroga como una función dual, en la que tanto al padre como a la madre les corresponda la potestad sobre su hijo, compartiéndose entre ellos sólo su ejercicio”⁶⁰. Situación que no acontece con la tutela, ya que esta se desempeña como una función unipersonal.

▪ Los hijos sometidos a la *patria potestad prorrogada* carecerán sólo de capacidad de ejercicio, pero sí tendrán capacidad de goce. Por ello serán propietarios de todos los bienes y derechos que haya adquirido a título oneroso o gratuito o como consecuencia de su trabajo o industria, puesto que se aplicarán las mismas reglas establecidas para la patria potestad.

▪ Los padres que ejerzan la titularidad de la *patria potestad prorrogada* continuarán teniendo la representación legal del hijo incapaz. En definitiva “el deber de representación de los padres comprende todas las facultades referentes a los bienes, derechos y deberes de los hijos, quedando a salvo aquellos que expresamente ha excluido la ley, pues los padres deberán administrar, asegurar y conservar los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, de esta forma tendrán derecho a disfrutar de éstos, en los mismos términos que se establecen al regular la patria potestad”⁶¹.

▪ Las restricciones y obligaciones que se impongan al ejercicio de la *patria potestad prorrogada*, serán las mismas que se encuentran establecidas para la patria potestad pues estamos hablando de su prórroga o rehabilitación con la finalidad que se siga ejerciendo en los mismos términos con que se venía haciendo, tanto para la administración de la persona como de los bienes del incapacitado.

⁶⁰ Ruiz Serramalera, Ricardo. *op. cit.* p. 45.

⁶¹ Lledó Yagüe, F. y Herrera Campos, Ramón. Sistema de Derecho Civil. *Derecho de Familia. op. cit.* p. 80.

Capítulo 3 De la Patria Potestad Prorrogada en el Derecho Comparado.

En el Derecho comparado podemos corroborar como las legislaciones de algunos países como España, Panamá y El Salvador incluyen la posibilidad de prorrogar o rehabilitar la patria potestad, aunque sólo el primero de ellos hace una adecuada distinción de estas figuras tuitivas, como analizaremos a continuación.

Es preciso señalar que con la finalidad de lograr un mayor entendimiento en la forma en que se regulan estas figuras jurídicas de protección, realizaremos en forma breve un análisis del concepto, las características, los sujetos y la pérdida de la patria potestad, para finalmente abordar la prórroga o rehabilitación de esta institución en cada uno de los países objetos de este estudio.

1. La patria potestad prorrogada en España.

El Código Civil, vigente por Real Decreto de 24 de julio de 1889, es la norma jurídica que contiene el fundamento del Derecho civil de carácter común en España, regula en el Título VII del Libro Primero lo concerniente a la patria potestad, estableciendo en sus artículos del 154 al 171 lo concerniente a las relaciones paterno-filiales, dedicando cuatro capítulos a disposiciones generales, la representación legal de los hijos, los bienes de los hijos y su administración y la extinción de la patria potestad, respectivamente.

La patria potestad de los padres es “el conjunto de derechos que la ley les atribuye sobre la persona y el patrimonio de los hijos menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de mantenimiento y educación que pesan sobre aquellos.

Deben ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos, por tanto es normal utilizar el término derecho-deber⁶².

Al respecto, Albaladejo García señala que la patria potestad “la podemos definir como el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos”⁶³. Es un sistema de protección, cuidado, asistencia, educación y un medio de suplir la incapacidad de los hijos.

Es así como Francisco Lledó Yagiüe, señala como los tres caracteres fundamentales de la patria potestad los siguientes:

- **Irrenunciabilidad.-** Al ser la patria potestad una institución de interés público y social, no es posible su renuncia en virtud de que se pronunciaría en perjuicio del hijo sujeto a potestad e implicaría el incumplimiento del ordenamiento jurídico.
- **Intransmisibilidad.-** No es admisible ningún acto o negocio por el cual se pueda transferir a otra persona, en consecuencia, sólo cuando su titular no pueda ejercerla, la ley establecerá otra forma de protección del hijo.
- **Imprescriptibilidad.-** Ya que la patria potestad no se perderá por el simple transcurso del tiempo, solo en aquéllos supuestos que la propia ley establece y regula.

De conformidad con el principio establecido en el artículo 39.3 de la Constitución Española de 1978, norma suprema del ordenamiento jurídico del Reino de España, a la que están sujetos los poderes públicos y los ciudadanos de España, los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legamente proceda, por ello el artículo 154 del Código Civil establece que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre.

⁶² Zorrilla, Mari Carmen. *Parte General y Derecho de la Persona vigente en Cataluña*, http://www.patatabrava.com/apunts/dret-UAB/dret_civil_i-a670.htm, fecha de consulta: 22 de diciembre de 2011.

⁶³ Albaladejo García, Manuel. *Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia*. T. IV. 5a Edic. Ed. Bosh. Barcelona. 1991, p. 298.

De esta manera, podemos señalar que los sujetos de la patria potestad pueden ser únicamente los hijos matrimoniales, los no matrimoniales cuya filiación está legalmente determinada y los adoptivos, ya que sólo ellos tienen una filiación conocida, los demás, aquellos cuya filiación no consta no pueden quedar sujetos a la patria potestad, ya que la atribución de la patria potestad a ambos progenitores requiere que antes se haya determinado legalmente la filiación.

Por regla general, la patria potestad se ejerce de forma conjunta por ambos progenitores, independientemente de su sexo y de si éstos se encuentren o no casados, o de forma exclusiva por uno de ellos con el consentimiento del otro.

La patria potestad ha de ejercerse siempre en beneficio de los hijos y entre los deberes de los padres se encuentra la obligación de estar con ellos, cuidarlos, protegerlos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos legalmente y administrar sus bienes.

La concesión legal a los progenitores de las facultades de representación de sus hijos menores no emancipados surge como consecuencia necesaria de la limitada capacidad de obrar de éstos, determinada por su minoría de edad, pero no implica que el menor carezca de personalidad jurídica. Esta representación nace directamente de la ley que atribuye al progenitor la cualidad de representante legal, determinando la extensión y vicisitudes de su poder de representación. Así en principio, el artículo 154 del Código Civil, señala como contenido de la potestad paterna atinente a los progenitores respecto de sus hijos el de representación y administración de sus bienes.

Con carácter general el artículo 169 del Código Civil enuncia las causas por las que la patria potestad se acaba, sin embargo, no todas las mencionadas en el precepto citado constituyen causas de extinción, en sentido estricto, de la potestad paterna, si por tal entendemos la conclusión institucional de la figura y no solo la extinción para el sujeto que la ejerce. Por ello, es posible distinguir entre las causas determinantes únicamente de una alteración en la titularidad o el ejercicio de la potestad de guarda, que persiste

respecto del sometido a ella, y aquéllas otras que suponen la extinción institucional de la misma y, en consecuencia, la salida de su ámbito de quien hasta entonces estuvo sometido a ella por haber alcanzado la capacidad de ejercicio.

La pérdida de la patria potestad no supone su extinción necesariamente institucional, sino sólo para el sujeto que la ejerce, pudiendo subsistir en cuanto al hijo, que quedará sometido a la potestad de otro particular, pero sin carácter punitivo o de sanción.

Señala el artículo 170, párrafo primero, del Código Civil, que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. La privación de la patria potestad supone la extinción de la misma pero sólo respecto del sujeto que la ejerce y resulta privado y no en cuanto al hijo, siempre y cuando exista el otro progenitor en quien pueda concentrarse. Ahora bien, si ambos padres resultan privados de la patria potestad podría entenderse que la institución se ha extinguido pues necesariamente habrá de constituirse la otra forma de protección. En todo caso la privación afecta siempre a la titularidad de la potestad paterna y no al ejercicio de la misma, como sucede con la suspensión.

La extinción en sentido estricto de la patria potestad supone su conclusión institucional, es decir, no sólo para el titular de la misma sino también para el sometido a ella, por ella señala el artículo 169 del Código Civil que la patria potestad se acaba por las causas siguientes:

➤ **Por la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo.** Mientras que la muerte o declaración de fallecimiento del hijo o la de ambos padres extingue la institución, la del padre o la madre solo no la extingue, causando únicamente su pérdida, pues da lugar a la concentración, cuando sobrevive el otro progenitor y está en situación legal de ejercerla.

➤ **Por la emancipación del hijo.** De conformidad con el artículo 314 del Código Civil son causas de emancipación, la mayoría de edad, el matrimonio, la concesión paterna y la concesión judicial.

➤ **Por la adopción del hijo.** Más que extinción lo que se determina es la pérdida de la patria potestad, pues lo que concluye es la patria potestad actual de los padres, produciéndose un cambio en la titularidad de la misma que respecto del menor persiste.

Si al cesar la patria potestad subsiste o sobreviene un estado de incapacidad en el hijo, se establecerá un régimen de protección en favor del incapaz.

Hasta antes de la Ley 11/1981 de fecha 13 de mayo de 1981 que modificó el Código Civil de España, con la finalidad de introducir por primera vez la regulación de la prórroga de la patria potestad, la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizaba únicamente mediante la tutela, la curatela o el defensor judicial.

Es así como en el artículo 171 del Código Civil de España se prevé que la patria potestad sobre los hijos incapacitados quedará prorrogada al llegar aquellos a la mayoría de edad, establece además cuándo terminará dicha prórroga, dejando expedita la vía para que de subsistir la incapacitación se constituya otra forma de protección, como analizaremos a continuación.

El Código Civil de España al regular la *patria potestad prorrogada* establece dos supuestos:

- El del hijo que siendo menor de edad haya sido incapacitado judicialmente por las causas que determine la ley, por lo que al llegar el hijo a la mayoría de edad, la patria potestad se prorroga por ministerio de la ley.

- El hijo mayor de edad y soltero que haya continuado viviendo en compañía de sus padres y sea incapacitado en la mayor edad en estos se rehabilitará la patria potestad y será ejercida por la persona que correspondería si el hijo fuese menor.

La *patria potestad prorrogada* se ejerce con sujeción a lo que se haya dispuesto en la resolución judicial de incapacitación, y subsidiariamente por las reglas del Código Civil en materia de patria potestad.

La incapacidad es una situación, provocada por el padecimiento de una enfermedad o deficiencia física o psíquica, de carácter permanente, que priva a algunas personas de su capacidad de obrar.

Para proteger a estos individuos que no poseen una voluntad consciente y libre, ni suficiente discernimiento para adoptar las decisiones adecuadas en la esfera personal, y/o en la de administración de sus bienes, la ley ha previsto la declaración de incapacidad. Al tratarse de un asunto tan grave y, con consecuencias tan trascendentes, el ordenamiento jurídico impone que la incapacitación sólo puede declararla un juez mediante resolución judicial, tras haberse tramitado el oportuno procedimiento judicial.

El Código Civil no determina las enfermedades o deficiencias que dan lugar a la incapacitación, pero exige como requisitos ineludibles que las mismas sean persistentes en el tiempo, no meramente temporales, y que impidan a la persona gobernarse. La facultad de autogobierno implica no sólo la capacidad de discernimiento, sino también la posibilidad de manifestarlo, por lo que la ley exige que esta sea persistente, o sea duradera en el tiempo.

En todo caso, “la incapacitación hay que entenderla en un sentido positivo, pues tiene por finalidad posibilitar que personas sin capacidad, o con su capacidad disminuida, puedan actuar a través de sus representantes legales, o con la debida asistencia buscando siempre la protección jurídica de los mismos”⁶⁴.

⁶⁴ Cabezas Moyano, Antonio. Guía Práctica sobre la Incapacidad Judicial y otras Actuaciones en Beneficio de las Personas con Discapacidad. 3ra Ed. Ed. Fundación Jiennense de Tutela. España. 2007. p. 30.

Al respecto, es importante señalar que para Diez Picazo y Antonio Gullón, “la incapacidad, es un estado civil de la persona física que se declara judicialmente cuando concurre en ella alguna de las causas establecidas por la ley, es algo externo a la persona, es una declaración judicial resultado de un proceso o procedimiento seguido para alcanzarla”⁶⁵.

Los propios autores agregan que la mayor edad se caracteriza por ser un estado civil cuyo contenido es la plena independencia de la persona y la adquisición de una plena capacidad de obrar. La plena independencia es consecuencia de la extinción automática de la patria potestad a que está sometido todo menor, “en orden a la capacidad de obrar la llegada a la mayoría de edad es la regla general, y la incapacidad una excepción que habrá que alegar, probar e interpretar restrictivamente”⁶⁶.

Declarada la incapacidad de un individuo mediante sentencia judicial, el siguiente paso es nombrar a la persona o entidad que le va a representar o, en su caso, asistir en todos aquellos ámbitos de la vida y, para todos aquellos actos, que no pueda realizar por sí solo.

Procede la *patria potestad prorrogada*, cuando la persona incapacitada es menor de edad y convive con sus padres, o con uno de ellos. En este caso, el Juez que aprecie la incapacidad declarará prorrogada la patria potestad a favor de los progenitores, para cuando el hijo incapaz alcance la mayor edad.

Es importante señalar que el Código Civil de España regula la declaración de incapacidad no sólo en la mayoría de edad de los hijos sino también cuando estos son menores de edad, por lo que se establece en su artículo 201 que los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad, con la finalidad de lograr una mejor protección de su persona y de sus bienes.

⁶⁵ Diez-Picazo, L. y Gullón Ballester, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol. 1. 5a Edic. Ed. Tecnos. Madrid. 1984. p. 260.

⁶⁶ Diez-Picazo, L. y Gullón Ballester, A. op. cit. p. 248.

Se establecerá la patria potestad rehabilitada, si el incapaz es mayor de edad, soltero, y vive con sus progenitores, o con uno de ellos. Pero han de concurrir dos requisitos: el primero es que sea soltero y el segundo que regrese al hogar familiar.

La incapacitación es siempre resultado de un procedimiento jurídico, el cual restringe o limita la capacidad de la persona, se sustancia por los trámites de un juicio verbal. La declaración de incapacitación del menor de edad únicamente podrá ser solicitada por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, ya que son estos los que ostentan su representación legal. En la declaración de incapacitación del mayor de edad, la ley determina a ciertas personas para poder promoverla, estas tienen que tener una estrecha relación con el presunto incapaz ya sea jurídica (familiar o de parentesco) ya efectiva, pues son los que mejor conocen su situación.

La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de protección a que haya de quedar sometido el incapacitado y se pronunciará o no sobre la necesidad de internamiento. Los posibles sistemas de guarda, son la tutela, la curatela y la prórroga o rehabilitación de la patria potestad. Los titulares de estas potestades actuarán sustituyendo el incapacitado (tutela, patria potestad) o simplemente complementado su capacidad (curatela y patria potestad), de conformidad con los artículos 289 y 290 del Código Civil.

A diferencia de las legislaciones de los otros países objeto de este estudio, el Código Civil de España sí regula en forma expresa en su artículo 171, que la *patria potestad prorrogada* o rehabilitada terminará al presentarse alguno de los siguientes supuestos:

- Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres.
- Por la muerte o la declaración de fallecimiento del hijo.
- Por la adopción del hijo incapaz.

- Por haberse modificado la sentencia de incapacitación declarando el cese de la incapacidad.

- Por haber contraído matrimonio el incapaz.

Se establece además, que si al cesar la patria potestad el hijo continúa incapacitado, se constituirá la tutela o curatela, según proceda.

2. La autoridad parental (patria potestad) prorrogada en la República de El Salvador.

El Código de Familia de El Salvador de 11 de octubre de 1993, vigente desde el primero de abril de 1994, establece el régimen jurídico de la familia, de los menores y de las personas adultas mayores y consecuentemente, regula las relaciones de sus miembros y de éstos con la sociedad y con las entidades estatales, por lo que consagra en el Título II del Libro Tercero lo relativo a la patria potestad bajo la denominación de “autoridad parental”.

Es importante señalar que la legislación salvadoreña, a raíz de la creación del Código de Familia de 1993, determinó cambiar la denominación de la patria potestad, como se le regulaba en el Código Civil de 1860, a la de autoridad parental, esto como consecuencia de que el término patria potestad encuentra sus orígenes en la *pater potestas* del Derecho Romano, considerada en la antigüedad como el poder absoluto atribuido al *pater familia* sobre la mujer, los hijos y los esclavos, como hemos señalado al inicio de este trabajo. Sin embargo, “con el devenir histórico, esta designación tradicional se ha hecho obsoleta, es por eso que las legislaciones modernas, consideran que no se trata de una potestad exclusiva del padre, sino una función temporal que

genera derechos y obligaciones para ambos progenitores con respecto a sus hijos menores o incapaces, razón por la cual han cambiado su concepción”⁶⁷.

Es así como la nueva legislación de familia desaparece la institución de la patria potestad consagrada en el entonces Código Civil salvadoreño, como el conjunto de derechos que la ley da a los padres legítimos, de común acuerdo, o a uno solo de ellos en defecto del otro, o en su caso, a la madre ilegítima, sobre sus hijos no emancipados; y con la finalidad de subsanar no sólo la deficiencia en la definición de la figura, la sustituye por la institución de la autoridad parental, que de conformidad con el artículo 206 del Código de Familia, se define como el conjunto de facultades y deberes que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida, y además, para que los representen y administren sus bienes, señalándose que hijo de familia es quien está sujeto a autoridad parental.

La figura jurídica de la autoridad parental ha evolucionado radicalmente, “transformándose de un poder absoluto de carácter eminentemente privado establecido en beneficio del padre, en una función tuitiva de carácter social y casi pública, en beneficio de los hijos menores de edad, sometida al control de autoridades estatales, para garantizar los derechos de los menores y de los bienes que les pertenecen”⁶⁸.

De esta manera, podemos señalar que las características de la autoridad parental son las siguientes:

— **Es irrenunciable.** Por ser una función de orden público no puede ser objeto de abandono ni delegación, pues implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto.

⁶⁷ Núñez Travieso, Belkis Caridad. Consideraciones sobre la Patria Potestad. Su Regulación Jurídica en Cuba. Ed. Universidad de La Habana. Cuba. 2006. p. 2.

⁶⁸ Calderón de Buitrago, Anita y Bonilla de Avelar, Emma Dinorah. Manual de Derecho de Familia. 2a Edic. Ed. Centro de Investigación y Capacitación., Proyecto de Reforma Judicial. El Salvador. 1995. p. 589.

— **Es intransferible.** Como toda relación de familia es personalísima, los deberes y facultades que la integran están fuera del comercio, no pudiendo cederse en todo o en parte.

— **Es temporal.** Pues está sometida en cuanto a su duración a un término, ya sea porque el hijo obtuvo su mayoría de edad, porque el padre o la madre mueran o por una decisión judicial. No obstante lo anterior, en la actualidad, y en razón de la protección del hijo incapaz, la autoridad parental puede prorrogarse o restablecerse después de la mayoría de edad, según lo establece el Código de Familia.

— **No se extingue por falta de ejercicio o por prescripción.** Pues quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su obligación, ni su derecho para entrar a su ejercicio; y como sanción del no ejercicio puede suspenderse o privarse a los padres de la misma.

— **Está sujeta a control judicial.** Por ello existen los Juzgados de Familia, la Procuraduría General de la República; siendo el Procurador General el que tendrá la representación legal de los menores huérfanos de padre y madre o de filiación desconocida o abandonados y de los que por cualquier motivo carecieran de representante legal, mientras no se les provea de tutor, de conformidad con el artículo 224 del Código de Familia.

En consecuencia, la autoridad parental es una institución establecida por el Derecho, con la finalidad de dar asistencia y protección a los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente, ya sea que sean hijos nacidos dentro del matrimonio o fuera de él o de los hijos adoptivos, en consecuencia, el ejercicio de la autoridad parental corresponde al padre y a la madre conjuntamente, o a uno solo de ellos cuando falte el otro. Se entenderá que falta el padre o la madre, no sólo cuando hubiere fallecido o se le hubiere declarado muerto presunto, sino cuando se ausentare del territorio nacional, se ignore su paradero o estuviere imposibilitado, conforme a lo establecido en el artículo 207 del Código de Familia.

Siendo que la autoridad parental tiene como fin principal, el tutelar una serie de derechos que el menor tiene para desarrollarse de manera plena, tanto física, moral y psicológicamente, “tales derechos deben ser respetados por el Estado, la sociedad y especialmente por los padres, ya que la autoridad parental, como función social, hace posible el ejercicio de una serie de derechos, en beneficio de los hijos, tales como: el cuidado personal, la representación y la administración del patrimonio del menor”⁶⁹.

En relación con la representación legal de los hijos, de acuerdo al artículo 223 del Código de Familia, para suplir la falta de aptitud para actuar y ejercer sus derechos la representación la tienen el padre y la madre que ejercen la autoridad parental, pues serán ellos quienes representen a sus hijos menores o incapaces ya que la condición jurídica de los menores de edad es básicamente de incapacidad. No pudiendo los hijos por su condición de menores, hacer valer sus derechos ni defenderse de las acciones que en su contra pudieran intentarse, es necesario que sus representantes quienes por ley tienen sobre ellos la autoridad parental, sean los encargados de tal representación.

Cuando los padres ejerzan conjuntamente la autoridad parental, podrán designar de común acuerdo quién de ellos representará a sus hijos menores o declarados incapaces, así como quien administrará sus bienes, el acuerdo respectivo se otorgará en escritura pública o en acta ante el Procurador General de la República o ante los Procuradores Auxiliares Departamentales.

El Código de Familia de la República del Salvador regula en el Capítulo V del Título II no solo lo relativo a su suspensión, pérdida y extinción, sino que en su artículo 245 establece la prórroga y restablecimiento de la autoridad parental, como a continuación analizaremos.

La pérdida de la autoridad parental, es una sanción al padre o madre que la sufra y radica “en que, jurídicamente, pierde la posibilidad de ejercer las facultades y deberes que la relación jurídica paterno filial confiere a los progenitores. Precisamente la

⁶⁹ Bernal Gómez, Álvaro Alfonso, Pérez Rivera, Ivette Margarita y Rojas Martínez, Silvia Margarita. La Autoridad Parental, Extinción, Pérdida y Suspensión. Ed. Universidad Francisco Gavidia, Facultad de Ciencias Jurídicas. El Salvador. 2007. p. 30.

sanción va dirigida a impedir el ejercicio de esas facultades al padre o madre, que con su conducta desnaturaliza los fines que el Derecho le reconoce⁷⁰. El padre, la madre o ambos perderán la autoridad parental sobre todos sus hijos, por cualquiera de las causas siguientes, de conformidad con el artículo 240 del Código de Familia:

- ◆ Cuando corrompan, promuevan o faciliten la corrupción de sus hijos.
- ◆ Cuando abandonen a sus hijos sin causa justificada.
- ◆ Cuando habiendo participado en el fraude de falso parto o de suplantación, aprovecharan en manera alguna el descubrimiento de tales hechos, para ejercer sobre el hijo los derechos de autoridad parental, o para exigirle alimentos, o para sucederle en sus bienes por causa de muerte.
- ◆ Cuando fueran condenados como autores o cómplices de cualquier delito doloso, cometido en alguno de sus hijos.

Las causas por las que el ejercicio de la autoridad parental se suspenderá al padre, o a la madre o a ambos, como una medida preventiva que no conlleva una sanción al padre o madre, ni rompe definitivamente la relación jurídica de la autoridad parental, de conformidad con el artículo 241, son las siguientes:

- ⊕ Por maltratar habitualmente al hijo o permitir que cualquier otra persona lo haga.
- ⊕ Por alcoholismo, drogadicción o inmoralidad notoria que ponga en peligro la salud, la seguridad o la moralidad del hijo.
- ⊕ Por padecer o adolecer de enfermedad mental.
- ⊕ Por ausencia no justificada o enfermedad prolongada.

⁷⁰ Bernal Gómez, Á. A., Pérez Rivera, I. M. y Rojas Martínez, S. M. *op. cit.* p. 46.

El Código de Familia no conceptualiza la extinción de la autoridad parental, más bien regula las causas que le ponen fin a dicha autoridad; las causas de extinción producen para el hijo la salida inmediata de la autoridad de los padres y algunas de ellas operan de pleno derecho y por ello, no requieren de la instancia judicial, encontrándose entre las mismas las naturales, como la muerte real de los padres o de los hijos; no obstante si sólo uno de los padres es el que fallece la autoridad será ejercida por el progenitor sobreviviente. La autoridad parental, de conformidad con el artículo 239, se extingue por las siguientes causas:

- ▲ Por la muerte real o presunta de los padres o por la del hijo.
- ▲ Por la adopción del hijo.
- ▲ Por el matrimonio del hijo.
- ▲ Por haber cumplido el hijo la mayoría de edad.

No obstante lo anterior, como una excepción a la extinción de la patria potestad por llegar el hijo a la mayoría de edad, el Código de Familia regula *la autoridad parental prorrogada y restablecida*, estableciendo que la autoridad parental quedará prorrogada por ministerio de ley, si el hijo por motivo de enfermedad o sordera hubiese sido declarado incapaz antes de llegar a la mayoría de edad. Asimismo, establece que la autoridad parental se restablecerá sobre el hijo mayor de edad incapaz, que no hubiese fundado una familia, como a continuación analizaremos.

A partir del reconocimiento del hecho natural que constituye la procreación y la filiación y del conocimiento de posibilidades del que la ejercita, “la autoridad parental debe ser el reconocimiento de una facultad natural del procreador, que se ejerce mientras el hijo necesita protección”⁷¹, por ello la prórroga es una interesante novedad incorporada en esta figura de la autoridad parental, que procede en aquellos casos en

⁷¹ Calderón de Buitrago, A. y Bonilla de Avelar, E. D. *op. cit.* p. 623.

que el hijo no obstante de haber llegado a la mayoría de edad, es jurídicamente incapaz para valerse por sí solo, o que aún siendo mayor de edad es declarado incapaz.

Es importante señalar que para que la autoridad parental se prorrogue se requiere que antes de llegar a la mayoría de edad, haya existido con anterioridad una declaratoria judicial de incapacidad, tal y como lo establece el artículo 292 del Código de Familia. Una vez declarado el hijo incapaz, se podrá presentar una solicitud ante el Juez de Familia, el que una vez que admitida dicha solicitud, fijará una audiencia para que las partes puedan ofrecer todas las prueba que tengan a su favor y posteriormente se dicte la sentencia que en derecho corresponda, estableciendo la procedencia o no de esta figura jurídica de protección del hijo incapaz, y las bases para su ejercicio⁷².

De conformidad con el artículo 296 del Código de Familia, los menores de edad podrán ser declarados incapaces, a solicitud de quienes ejerzan la autoridad parental o la tutela, o del Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales, cuando se prevea razonablemente que la causa de incapacidad persistirá después de alcanzada la mayoría de edad. Esta declaratoria tendrá por finalidad la prórroga de pleno derecho de la autoridad parental.

Son causas de incapacidad, según establece el artículo 293 del Código de Familia, las siguientes:

- ✘ La enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lúcidos.
- ✘ La sordera siempre que el hijo en este caso, no pueda darse a entender de manera indudable.

Es por ello que “la declaratoria de incapacidad fue diseñada en forma tal que obliga a los padres en ejercicio de la autoridad, que la provoquen, pudiendo hacerlo además, otros parientes del incapaz, el Procurador General de la República o el Juez de forma

⁷² Bernal Gómez, Á. A., Pérez Rivera, I. M. y Rojas Martínez, S. M. *op. cit.* p. 56.

oficiosa”⁷³, como consecuencia de que la legislación familiar salvadoreña protege a los incapaces, por lo que con la prórroga se pretende prolongar la protección del hijo incapaz que requiere de mayores cuidados y dedicación, “el fundamento de la normativa familiar es procurar la protección de los incapaces y que en ningún momento exista interrupción en la continuidad de la protección de estos hijos, ya que quién mejor que los progenitores para proteger a estos incapaces. En la práctica se puede observar que muchas de estas personas quedan desprotegidas, pues se hace uso de la tutela sólo cuando los incapaces tienen patrimonio, tal es la orientación de la corriente jurídica”⁷⁴, no obstante en el campo de los hechos, la realidad nos muestra que los incapaces son protegidos por sus padres o parientes, como consecuencia del cuidado que responde al amor filial existente y a la solidaridad familiar.

Así mismo, debemos señalar que en forma paralela a la prórroga, se regula en el artículo 245 del Código de Familia, el restablecimiento de la autoridad parental, pues mientras que la prórroga es la continuación o extensión de la autoridad que ejercen los padres sobre el hijo incapaz que cumple con la mayoría de edad, el restablecimiento implica la recuperación de la autoridad sobre el hijo mayor de edad incapaz. El hijo mayor de dieciocho años cuya autoridad parental se extinguió, queda sometido a dicha autoridad por volverse incapaz, ya sea por enfermedad mental crónica e incurable o sordera.

Para que se dé el restablecimiento de la autoridad se requiere, según se desprende del artículo 245 del Código de Familia, que el incapaz no haya fundado su propia familia, pues en ese supuesto se entiende que ya no serán sus padres quienes deberán ejercer la figura de protección que requiere el incapaz.

En consecuencia, la titularidad de la autoridad parental tanto prorrogada como restablecida será ejercida por los padres a quienes correspondería si el hijo fuera menor de edad, correspondiendo por igual a ambos padres o a uno sólo de ellos cuando falte el otro y en cuanto al contenido y formalidades opera exactamente igual a toda autoridad parental, puesto que en ambas instituciones se advierte un marcado interés de

⁷³ Calderón de Buitrago, A. y Bonilla de Avelar, E. D. *op. cit.* p. 629.

⁷⁴ Bernal Gómez, A. A., Pérez Rivera, I. M. y Rojas Martínez, S. M.. *op cit.* p. 67.

protección, asistencia y cuidados para el hijo que es declarado incapaz, y se extinguirá, perderá o suspenderá, en lo aplicable, por las causas reguladas por el Código de Familia, y que ya han sido señaladas.

3. La patria potestad prorrogada en la República de Panamá.

El Código de Familia de la República de Panamá, aprobado el 17 de mayo de 1994, regula la unidad familiar, la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, la igualdad de los hijos y la protección de los menores de edad, dedicando el Título IV del Libro Primero a la patria potestad o relación parental, término con el que también se le denomina indistintamente a esta institución.

La patria potestad o relación parental se define, en el artículo 316 del Código de Familia, como el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres con respecto a la persona y los bienes de los hijos o hijas, en cuanto sean menores de edad y no se hayan emancipado.

Esta definición, como bien señala Damaris González Jaén y Alfonso Núñez, “si bien precisa el contenido de la institución no consigna la finalidad fundamental de la misma, es decir, la protección de los menores de edad”⁷⁵.

La patria potestad es una figura jurídica que a lo largo de la historia del Derecho ha sufrido transformaciones adecuándose al momento y a las condiciones sociales existentes, “es un efecto que surge de la figura legal de la filiación, la cual consiste en el hecho de ejercer conjuntamente la madre y el padre autoridad sobre los hijos, determinada tanto por la relación de consanguinidad y de adopción”⁷⁶. La patria

⁷⁵ González Jaén, Damaris y Núñez, Alfonso. *Revista Jurídica de Panamá*, <http://www.grupoevos.com/revistajuridicapanamama/articulos201005/incumplimiento-patria-potestad.htm>, fecha de consulta: 26 de diciembre de 2011

⁷⁶ Cárdenas, Jazmín. *El Derecho de Familia en Panamá*, <http://www.ycardenas.blogspot.com/>, fecha de consulta: 15 de diciembre de 2011.

potestad es un derecho fundado en la naturaleza y regulado por la ley, es decir, la patria potestad se funda en las relaciones naturales paterno-filiales.

Señalan Damaris González Jaén y Alfonso Núñez, que el análisis de la relación parental o patria potestad permite atribuirle a esta institución las siguientes características:

- ❖ Es un régimen de protección que ofrece las mayores garantías de defensa de los menores no emancipados al ser los titulares de su ejercicio los padres, protectores naturales de los hijos.

- ❖ Es obligatoria, pues los padres tienen la patria potestad, a no ser que la misma ley los prive o excluya de su ejercicio.

- ❖ Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla.

- ❖ Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita.

- ❖ Constituye una labor gratuita, porque es un deber natural de los padres.

- ❖ Es irrenunciable, como consecuencia de su obligatoriedad.

La titularidad de la patria potestad, por regla general, la ostentan el padre y la madre, con la finalidad principal de proteger a los menores desde el momento del nacimiento hasta que alcanzan la plena capacidad de obrar, se ejerce por el padre y la madre, por lo que ambos tienen iguales derechos para su ejercicio; sin embargo, esto no significa que siempre deban ejercitarla solidaria y mancomunadamente, en el supuesto de que faltara uno de los dos, el que quede estará capacitado para ejercer la patria potestad.

Inclusive, la ley permite que uno sólo de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro, ejerza la patria potestad, sin eximir de responsabilidad al que quede excluido. También resultan válidos los actos que unilateralmente realice uno de los progenitores atendiendo a la costumbre y las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad, tal y como lo establece el artículo 320 del Código de la Familia.

La relación parental genera derechos y obligaciones recíprocos entre padres e hijos, de los padres hacia los hijos: el deber de crianza y educación, y deber de corrección sin causar lesiones en su salud física y/o emocional o que interfieran en su desarrollo personal, administración de los bienes de los hijos sin poner en peligro el patrimonio, entre otros aspectos; y de los hijos con respecto a los padres: el deber de respeto y obediencia, así como el deber de socorrer a los padres en circunstancias difíciles, como por ejemplo en la ancianidad o en su sostenimiento económico en caso de que no cuenten con recursos para subsistir.

En virtud de la relación parental, los padres tienen el deber de representar a sus hijos y administrar sus bienes, por cuanto los menores de edad no tienen capacidad legal para disponer por sí mismos de sus bienes. Así, la representación legal de los padres en relación con los hijos se da en toda clase de actos jurídicos tanto judicial como extrajudicialmente, de conformidad con el artículo 319 del Código de la Familia que establece el deber de los padres de representar y administrar los bienes de sus hijos.

Como consecuencia del mal ejercicio de la autoridad parental surgen efectos legales como la suspensión, modificación e incluso la pérdida de la patria potestad que se ejerce sobre el hijo, fundamentado en situaciones y hechos graves debidamente establecidos en el Código de la Familia.

El artículo 340 del Código de Familia señala que perderán la patria potestad o relación parental y serán declarados perpetuamente inhábiles para ejercerla sobre cualquiera de sus hijos o hijas, en los siguientes supuestos:

- El padre o la madre que procure o favorezca la corrupción o prostitución del hijo o hija.

- El padre o la madre que habiendo participado en el fraude de falso parto o de suplantación, aprovecharan en manera alguna el descubrimiento de tales hechos, para ejercer sobre el hijo los derechos de autoridad parental, o para exigirle alimentos, o para sucederle en sus bienes por causa de muerte.

- El padre que fuese condenado por los delitos de incesto o de violación y ostente la paternidad del hijo o hija de la víctima, perderá la autoridad parental respecto al hijo o hija producto del delito al que haya sido sancionado.

Las circunstancias por las que se modifican, suspenden o se pierden los derechos de patria potestad, y por las que al padre o madre culpable se le declarará inhábil para ejercer la relación parental temporal o definitivamente respecto de todos o alguno de sus hijos o hijas, son las siguientes:

- La mala conducta notoria.
- El abuso de la patria potestad o relación parental.
- La inducción al hijo o hija para el uso o tráfico de drogas y estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
- El incumplimiento de la obligación dar alimentos.
- El abandono del hijo o hija.

Así mismo, los padres perderán la patria potestad o autoridad parental, de oficio o a solicitud de parte, cuando confieran a sus hijos o hijas a instituciones de protección de menores, abandonando los deberes inherentes a su condición de tales y desentendiéndose injustificadamente de éstos en el aspecto afectivo y familiar por un

lapso de tiempo de seis meses o más, de conformidad con el artículo 342 del Código de Familia.

Las causas por las que termina la patria potestad, de conformidad con el artículo 339 del Código de Familia, son las siguientes:

- La mayoría de edad del hijo o hija, salvo que exista incapacitación del hijo y se haya declarado la prórroga o rehabilitación de la autoridad parental.
- La emancipación del hijo o hija.
- La adopción del hijo o hija.
- La inhabilidad perpetua de los padres.
- La muerte del padre o de la madre o del hijo o hija.

Como podemos observar, el sistema jurídico de la República de Panamá, en su artículo 348 del Código de Familia, regula la prórroga de los deberes paternos más allá la mayoría de edad de los hijos, prolongando de este modo la solidaridad familiar y el necesario apoyo que ellos deben tener cuando enfrentan la vida adulta, pues la ficción que supone alcanzar la plena capacidad civil a edad determinada, pasa por alto las necesidades y dificultades personales que atraviesan los jóvenes, considerados adultos por la ley, para ejercer su autonomía social.

Es de esta manera, que “al preverse mecanismos de acompañamiento una vez alcanzada la mayoría de edad, se refuerzan los lazos afectivos y morales entre padres e hijos, participando todos ellos en el desarrollo de la independencia social de los hijos en forma íntegra”⁷⁷, es por ello que el Código de Familia establece y regula que la patria potestad puede extenderse más allá de la mayoría de edad si, al alcanzarla, el hijo es incapaz de obrar por sí mismo por las causas que específicamente se regulan en la ley.

⁷⁷ Fabrega Ponce, Jorge. Código de la Familia. Ed. Alvarez. Panamá. 1998. p. 275.

En consecuencia, se prevé en el artículo 348 del Código de Familia la alternativa de prorrogar la patria potestad por ministerio de ley, en los casos de hijos o hijas que hayan sido incapacitados por deficiencias o anomalías físicas o psíquicas profundas antes de llegar a la mayoría de edad.

Es un requisito indispensable para autorizar la prórroga de la autoridad parental de ambos progenitores o de uno solo de ellos, el tramitar la declaración de la incapacitación del hijo por deficiencias o anomalías físicas o psíquicas profundas que impidan su plena capacidad de ejercicio.

El Código de Familia no determina las deficiencias o anomalías físicas o psíquicas profundas que dan lugar a la incapacitación, pero exige como requisitos ineludibles que estas impidan la capacidad de ejercicio del hijo.

Lo anterior, obedece al hecho de que la plena capacidad de obrar es la de la persona mayor de edad, con plenas capacidades de juicio para la misma. No obstante, puede ocurrir que esta plena capacidad de discernimiento se pierda, en mayor o menor grado, provocando la ausencia de entendimiento necesario que impide que la persona se rija por sí misma.

En estas circunstancias se regula por el Código de Familia la incapacitación, entendida como la condición jurídica de la persona que afecta a su capacidad y situación jurídica, será siempre a consecuencia de un proceso judicial que le declare, determine y fije el sistema de protección.

La incapacitación es el mecanismo jurídico previsto para aquellos casos en que deficiencias o anomalías físicas o psíquicas profundas impidan a una persona su plena capacidad de ejercicio, teniendo como objetivo la protección de los intereses y derechos del incapacitado, tanto a nivel personal como patrimonial.

En todo caso, la incapacitación tiene por finalidad posibilitar que personas sin capacidad, o con su capacidad disminuida, puedan actuar los primeros a través de sus representantes legales y los segundos con auxilio de complemento para la realización de determinados actos jurídicos previamente establecidos.

La incapacitación legal no conlleva la pérdida de derechos, sino que brinda la oportunidad al incapaz de ejercer sus derechos y hacer valer sus intereses con el apoyo de otra persona.

La resolución judicial de incapacitación tiene el efecto que una persona mayor de edad vuelve a una especial minoría de edad. Esta resolución declarará la incapacidad total, en el caso de que se aprecie que el demandado no es capaz de cuidar de su persona, ni de administrar sus bienes.

Esto significa que la incapacitación, en principio, no tiene por qué perdurar toda la vida. Sin embargo, no es habitual que una persona recupere su capacidad, pues ello implicaría que han desaparecido las enfermedades o deficiencias persistentes, físicas o psíquicas, que determinaron la declaración de incapacidad. Más abundantes serán los casos en que se declara una incapacidad parcial y al agravarse los padecimientos con el transcurso del tiempo, se inicia un nuevo proceso para que se declare la incapacidad total.

En resumen, el estado civil de incapaz supone una limitación de la capacidad de obrar, pero no idéntica para todos los incapaces, por lo cual cuando se declare la incapacitación también se determinarán los límites y extensión de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que ha de quedar sometido el incapacitado, “ese estado civil siempre debe ser graduado por la autoridad judicial que la haya pronunciado y la limitación de capacidad ha de ser necesariamente sustituida o completada por otra persona”⁷⁸.

⁷⁸ Concepción Toledo, Iliana de la Caridad. La Protección Patrimonial de los Incapaces en la Legislación Civil y Familiar Cubana. Ed. Universidad Central “Marta Abreu” De Las Villas. Cuba. 2009. p. 50.

El fundamento de la legitimación del representante y la esencia de la representación misma, es el poder suficiente para participar en un acto en nombre del representado y con efectos únicamente para éste.

La representación “nace con el fin de proteger y complementar la capacidad de obrar de aquellas personas que la tienen restringida o no la tienen por su propia naturaleza o aquellas que por ministerio de la ley no la poseen. Dicha representación de los incapaces tiene su fundamento en la necesidad de suplir la incapacidad de obrar de las personas”⁷⁹. Así puede decirse que la representación de los menores corresponde a las personas que ejercen la *patria potestad prorrogada o restituida*.

El Código de Familiar, también regula la posibilidad de restituir la autoridad parental de ambos progenitores o de aquél de ellos que quiera ejercerla sobre el hijo o hija mayor de edad, soltero y sin descendencia, que haya sido declarado incapaz por deficiencias o anomalías físicas o psíquicas profundas y que viviese en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos, en consecuencia, no se constituirá tutela, sino que se restituirá la patria potestad, que será ejercida por aquel a quien le correspondiese, si el hijo o hija fuese menor de edad.

La *patria potestad prorrogada y restituida* se ejercerán con sujeción a lo dispuesto en la resolución de incapacitación y conforme a las reglas que el propio Código establece en relación a la patria potestad, en virtud de que las funciones que ejercen los padres son las mismas que si el hijo fuera menor, de modo que, lo representan legalmente, administran sus bienes, y velan por él procurándole los cuidados y la atención que sean necesarios.

En el supuesto de la restitución de la patria potestad, no es necesario que el hijo conviva con sus progenitores cuando se declara la incapacidad para que proceda la restitución de la autoridad parental sobre su persona.

⁷⁹ Fabrega Ponce, Jorge. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Ed. Jurídica Panameña. Panamá. 1998, p. 120.

La *patria potestad prorrogada* y *restituida* terminarán por cualquiera de las causas previstas en el artículo 339 del Código de Familia, las que ya hemos señalado, excepto por la mayoría de edad, y por el cese de la incapacidad del hijo o hija.

Si al cesar la *patria potestad prorrogada*, subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá en su lugar como institución de protección la tutela.

Capítulo 4 Propuesta.

1. Importancia de la patria potestad prorrogada.

La *patria potestad prorrogada y rehabilitada* son figuras jurídicas que buscan proteger a los hijos que estando o habiendo estado sujetos a la patria potestad padecen una incapacidad legal para gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla, por lo que constituyen formas de representación legal que se establecen y regulan en favor de la persona incapaz, como analizaremos a continuación.

Cuando una persona que tiene plena capacidad de goce presenta una de las circunstancias limitativas o modificativas de su capacidad de ejercicio, pasará a ser alguien que para actuar en la vida jurídica no tiene el discernimiento necesario, no pudiendo comprender el alcance de sus actos.

Sin embargo, “la falta de plena capacidad no significa que el ordenamiento se desentienda de la protección de los intereses y derechos del que la sufre. Establece, por el contrario, normas apropiadas a esos fines, instituyendo la representación legal del incapacitado”⁸⁰, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de suplir la incapacidad de ejercicio de las personas. Así puede decirse que en nuestra legislación el ejercicio de la patria potestad y la tutela son casos concretos de representación legal, y en consecuencia la representación de los menores de edad corresponde a las personas que ejercen la patria potestad y la de los incapaces sometidos a tutela pertenece al tutor.

La institución de la representación es aquella por virtud de la cual un sujeto, representante, está legitimado para realizar los actos que implican ejercicio de un derecho o facultad cuya titularidad corresponde a otra persona, representado. El

⁸⁰ Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesterero, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol. 1. 5a Edic. Ed. Tecnos. Madrid. 1984. p. 270.

fundamento de la legitimación del representante y la esencia de la representación misma, es el poder suficiente para participar en un acto en nombre del representado y con efectos únicamente para este.

Al respecto, Rojina Villegas menciona que “la representación supone que un sujeto denominado representante actúe en nombre y por cuenta del representado, de tal manera que las consecuencias jurídicas de los actos que realice afectarán el patrimonio y la persona o el estado general del representado”⁸¹.

Señalan Díez Picazo y Antonio Gullón, que la representación consiste en “posibilitar la actuación jurídica de una persona por medio de un tercero o representante, el cual exterioriza una voluntad susceptible de producir efectos jurídicos, o sea, es aquella actividad por la cual, sustituyendo ante terceros la persona o la voluntad del representado y actuando por cuenta de él, las consecuencias de la conducta del representante recaen en el representado. La representación legal estricta se da cuando se produce plena, total y completa sustitución del representado por el representante y cuando además el representado no pueda tener en el acto ninguna intermediación”⁸².

Nuestro Código Civil no define el instituto, sólo se limita a reconocer a la representación, señalando en su artículo 1800 que la persona que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado, agregando en su artículo 1801, que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley, esto es, se regula la representación establecida ya sea en forma voluntaria o legal.

La representación legal tiene lugar cuando la incapacidad de alguien y por ende su impedimento para la celebración de actos jurídicos, trae como consecuencia la necesidad de que otra persona, sí capaz, los celebre en nombre y por cuenta del incapaz, lo que implica que lo hace como su representante con la finalidad de suplir la imposibilidad jurídica de actuación de la persona, por lo que dichos actos alteran el estado jurídico del sujeto por quien se celebra.

⁸¹ Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. 6ta Edic. T. V. Ed. Porrúa. México. 1992. p. 389.

⁸² Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. *op. cit.* p. 280.

En consecuencia, la representación legal es un medio para suplir un defecto en la capacidad de ejercicio de determinadas personas o un medio para evitar el desamparo de bienes cuyo titular no se encuentra en condiciones por sí mismo de asumir su gobierno, en tal sentido, el representante es designado por la ley para que gestione los intereses del incapaz y supla su falta de capacidad.

Es importante señalar que las diversas instituciones tutelares reguladas por el Derecho, que pretenden sustituir los efectos jurídicos de la patria potestad, establecen una representación en favor de las personas que no tienen capacidad de ejercicio y a las que es necesario nombrar un representante, esto es, cuando una persona no pueda gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por causa de una enfermedad o un estado particular de discapacidad, lo que en consecuencia le impida ejercer por sí misma sus derechos y contraer obligaciones, y ya que es necesario el elemento de la voluntad para la realización de cualquier acto jurídico, esta falta de capacidad se suplirá a través de la representación legal, que tiene lugar cuando se asigna una persona para que sustituya al incapaz en el ejercicio de los derechos de éste y realice los actos para los cuales el titular está legalmente impedido, actuando el representante sin la intervención de la voluntad del incapaz, por lo que en consecuencia se establecerá una representación que será legal porque proviene de la ley y necesaria porque no puede prescindirse de ella.

La posibilidad de adoptar la forma de guarda más idónea para cada caso concreto es fundamental si la ley ofrece varias opciones, con características distintas cada una y ajustadas al destino específico del necesitado, pues la representación nace con el fin de proteger y complementar la capacidad de ejercicio de aquellas personas que la tienen restringida o no la tienen por su propia naturaleza o aquellas que por ministerio de la ley no la poseen.

El Código Civil para el Distrito Federal, no admite otra forma de representación legal distinta de la patria potestad en relación a los hijos menores de edad y la tutela en cuanto a los incapaces, pudiendo ser útil con la finalidad de suplir la falta de capacidad de los hijos declarados legalmente incapaces la posibilidad de establecer la *patria*

potestad prorrogada o la *patria potestad rehabilitada*, que constituyen figuras ausentes de nuestro ordenamiento jurídico pero reconocidas en las legislaciones de diversos países, instituciones de protección y guarda que sin lugar a dudas pueden coadyuvar a una mayor efectividad en la protección de la persona y patrimonio del hijo incapaz.

La importancia que supone el establecer la prórroga de la patria potestad sobre el hijo incapaz es la de evitar que este se encuentre desprotegido una vez que alcanza la mayoría de edad, pues durante el lapso que va desde este hecho jurídico hasta aquél en que se establecería una figura jurídica de representación legal sobre su persona existe sin lugar a dudas un desamparo jurídico que podría afectarle no solo en su persona sino en su patrimonio.

Lo anterior es consecuencia de que los hijos que presentan una incapacidad precisan del establecimiento de una representación legal, la que sin duda debe ser otorgada, siempre que sea posible, a los padres del incapaz, pues nadie mejor que las personas que han convivido con el hijo, para asumir su guarda y protección con un mayor compromiso, que la que podría tener una persona, en la mayoría de los casos, ajena y extraña al incapaz y que solo generaría el establecimiento de un mayor número de obligaciones, en virtud de la desconfianza que generaría en el desempeño de sus funciones como representante legal.

Así mismo, los actos que realizarían los padres al actuar como representantes de un hijo incapaz serían de suma importancia, ya que cualquier beneficio o perjuicio que resultara de dichos actos sería trascendental para el incapaz más que para el representante legal, lo que resalta la importancia de establecer la *patria potestad prorrogada* y la *rehabilitada*, pues se presume que se permitiría proporcionar una mayor protección al hijo que ha sido declarado legalmente incapaz al ser los padres quienes ejerzan la representación legal que se les otorga al prorrogar o rehabilitar la patria potestad, esto encuentra su fundamento en que en la realidad los padres son las personas que se preocupan más por la persona y patrimonio del hijo incapaz, por lo que sin lugar a dudas ejercerían el cargo siempre procurando su bienestar y con la responsabilidad que amerita esta institución de protección.

Consecuentemente, debemos resaltar la importancia de establecer y regular, como figuras jurídicas de representación legal de los hijos incapaces en conjunto con la patria potestad y a la tutela, a la *patria potestad prorrogada*, que resuelve la situación de los hijos menores de edad incapaces, y a la *patria potestad rehabilitada*, que soluciona la de los hijos que presentan una incapacidad después de la mayoría de edad, pues nuestra sociedad se esfuerza para brindar una protección adecuada a los hijos, planteándose mayores retos si se trata de incapaces, pero en su empeño debe auxiliar a las familias, no reemplazarlas, por ello si existen los padres y pueden ellos ejercer la representación legal del hijo incapaz, debe entonces prevalecer la prórroga o rehabilitación de la patria potestad sobre cualquier otra institución de protección.

2. La incapacidad como requisito de la patria potestad prorrogada.

La *patria potestad prorrogada o rehabilitada* es la institución jurídica que se establece sobre los hijos declarados legalmente incapaces, ya sea que la declaración se realice durante su minoridad o una vez alcanzada la mayoría de edad, lo que determinará su procedencia y por consiguiente su denominación.

Es importante señalar que para poder prorrogar o rehabilitar la patria potestad es un requisito o condición necesaria que en primer lugar sea declarada legalmente la incapacidad del hijo mediante el procedimiento correspondiente, ya que la *patria potestad prorrogada o rehabilitada* se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de declaratoria de incapacidad y, subsidiariamente, a las reglas que sobre la misma se establezcan en la ley de la materia.

Es por ello que a continuación realizaremos la distinción de las personas capaces de las incapaces, de conformidad con nuestro Derecho.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal no define a la capacidad, sin embargo, en su artículo 22 del libro primero, título primero, señala que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido. Lo que significa que todas las personas, por el hecho de serlo y desde su nacimiento, tienen capacidad jurídica, con independencia de su edad, estado civil y de su salud mental y física.

La capacidad es el atributo más importante de las personas, ya que todo sujeto de derecho posee implícitamente y por su propia naturaleza la capacidad jurídica, en consecuencia es reconocida por la ley a todas las personas desde el momento de su concepción y hasta el momento de su muerte, concretándose como la aptitud en que se encuentran de ser sujetos de derechos y obligaciones.

Señala el Doctor en Derecho Domínguez Martínez, que la capacidad “es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio”⁸³.

De la definición anterior, podemos establecer que las personas tienen la aptitud para ser sujetos activos o pasivos de relaciones jurídicas, esto es, existen dos clases de capacidad:

- Capacidad de goce, se define como la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones, ya que si se niega o suprime esta característica, desaparece la personalidad jurídica del sujeto, impidiendo la posibilidad jurídica de acción del mismo.
- Capacidad de ejercicio, se entiende como la aptitud en que se encuentran las personas para ejercer por si mismos sus derechos y para contraer y cumplir las obligaciones de las que se es titular.

⁸³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil. Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*. 9a. Edic. Ed. Porrúa. México. 2003. p. 176.

La capacidad de goce supone “una posición estática, mientras que la de ejercicio denota una capacidad dinámica, debiendo señalar al respecto que en consecuencia la capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, mientras que la segunda es la facultad de dar vida a relaciones y actos jurídicos”⁸⁴.

En virtud de la capacidad jurídica, todas las personas, incluidas las afectadas por una incapacidad, pueden ser titulares de derechos y obligaciones, y ser sujetos de las relaciones jurídicas.

En definitiva, al margen de cualquier clasificación en cuanto a la valoración de la capacidad para ser sujeto de relaciones jurídicas, tendría mucho que ver la capacidad inherente, natural o civil del hombre, desde el punto de vista de su posibilidad de disfrutar de determinados derechos subjetivos y la potestad para ejercer el contenido de los mismos, en virtud de que todas las personas poseen capacidad, por lo que es imprescindible precisar el ejercicio efectivo de ella en cada una de las etapas de su vida atendiendo a razones de edad y de enfermedad o discapacidad que pudieran situarlos en una posición de incapacidad o de capacidad limitada.

Es por ello que a las personas jurídicamente se les divide atendiendo a su capacidad entre capaces e incapaces, estableciendo dentro de esta última categoría todo lo relativo a la incapacidad de ejercicio legal, es decir, aquella que es determinada por la ley y que puede ser restringida en atención a la edad y a la enfermedad o discapacidad que le impida a una persona gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, provocando en consecuencia un estado de incapacidad que deberá ser declarado judicialmente.

El término incapaz deriva del latín “*incapax*, que no tiene capacidad o aptitud para una cosa. En este sentido, incapacidad es la ausencia de capacidad”⁸⁵. Al respecto, señala Sara Montero Duhalt, que la incapacidad debe ser entendida como “la falta de

⁸⁴ Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. *Derecho de Familia*. T. V. Vol. 2. 9a. Ed. España. 1985. p. 506.

⁸⁵ Diccionario Jurídico Mexicano. T. VII. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 2007. p. 1659.

aptitud, o ineptitud de la persona de ser sujeto de derechos y deberes o de ejercerlos por sí misma”⁸⁶.

Por su parte, Concepción Toledo menciona que la incapacidad ha sido concebida como “la falta de capacidad civil por causas que restringen o modifican la capacidad de obrar, lo cual tiene que ver con la imposibilidad del sujeto de regir su persona y sus bienes”⁸⁷.

Por lo tanto, la incapacidad es una restricción de la capacidad de ejercicio, que “se funda en circunstancias subjetivas de ciertas personas que obligan a la ley a retardar o suspender por cierto tiempo determinado o indefinido, la aptitud para realizar actos jurídicos, remediando entre tanto su defecto de capacidad con instituciones o medios supletorios y complementarios”⁸⁸, en virtud de que para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones es necesaria la capacidad de ejercicio.

En consecuencia, el factor determinante para establecer la incapacidad, consiste en la ineptitud del sujeto de poder actuar por sí mismo en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones.

La posibilidad legal que una persona tenga o no de celebrar un acto jurídico con intervención directa, depende única y exclusivamente de la ley, por ello un principio general de derecho establece que “la capacidad es la regla y la incapacidad una excepción”⁸⁹. En esta virtud, todos los sujetos de derecho son en principio capaces de goce, por lo que su capacidad de ejercicio sólo puede ser restringida cuando exista una norma que así lo establezca.

De ambas capacidades, la de goce y la de ejercicio, la primera prevalece en importancia, pues ésta condiciona a la segunda, y al contrario, es decir, puede haber y

⁸⁶ Montero Duhalt, Sara. Revista de la Facultad de Derecho de México. T. XVI. Ed. UNAM. México, Julio - Diciembre 1966. p. 828.

⁸⁷ Concepción Toledo, Iliana de la Caridad. La Protección Patrimonial de los Incapaces en la Legislación Civil y Familiar Cubana. Ed. Universidad Central “Marta Abreu” De Las Villas. Cuba. 2009. p. 30.

⁸⁸ Castán Tobeñas, J. *op. cit.* p. 507.

⁸⁹ Diccionario Jurídico Mexicano. *op. cit.* p. 1659.

de hecho hay, capacidad de goce sin capacidad de ejercicio, pues pueden tenerse ciertos derechos y carecer de la posibilidad legal de celebrar actos jurídicos para ejercerlos, pueden igualmente contraerse obligaciones mediante la celebración de los actos jurídicos que den lugar a ello sin estar en condiciones legales de hacerlo personalmente, pero no es posible pensar en los supuestos contrarios. Es así que, “puede tenerse capacidad de goce sin contar con capacidad de ejercicio, pero no puede tenerse capacidad de ejercicio sin tenerse capacidad de goce”⁹⁰.

Por lo tanto, mientras una persona no sea legalmente incapaz es necesario probar la falta de capacidad en cada uno de los actos que realice, no obstante una vez declarado legalmente incapaz todos los actos que realice son nulos o ineficaces, sin necesidad de prueba en contrario.

La incapacidad de ejercicio encuentra su fundamento en razones eminentemente éticas, de solidaridad social y protección de los débiles e incapaces cualquiera que sea su causal, así como en razones solamente jurídicas, esto es, seguridad en las transacciones en que intervienen incapaces que sólo pueden hacerse efectivas mediante la representación.

Esto es así, en virtud de que las personas incapaces carecen de capacidad de ejercicio, lo que supone que no pueden actuar en la vida jurídica sin la asistencia de otra persona, por lo que solo pueden actuar por conducto de sus representantes legales, quienes actuarán en nombre y por cuenta del representado.

La patria potestad y la tutela son los dos mecanismos que establece nuestra ley para solucionar la representación de los incapaces, así tenemos que en el caso de los menores de edad actúan como sus representantes legales quienes ostenten la patria potestad, y en el caso de los mayores de edad incapaces, el tutor que tenga a su cargo el desempeño de la tutela.

⁹⁰ Domínguez Martínez, J. A. *op. cit.* p. 167.

Como hemos señalado, la capacidad de ejercicio la tienen todas las personas mayores de edad mientras no sean privadas de ella, total o parcialmente. La declaración de incapacidad que priva de capacidad de ejercicio a una persona sólo puede tener lugar en nuestra legislación mediante la resolución judicial que se pronuncie en un juicio de interdicción, como veremos a continuación.

La palabra interdicción proviene “del latín *interdictio-onis*, que significa prohibición”⁹¹. La interdicción es una figura jurídica que constituye una institución de protección para la persona declarada legalmente incapaz, por virtud de la cual como medida de seguridad se nombra a un representante que cuide de su persona y bienes así como para que lo represente en todos los actos de la vida civil, en virtud de su incapacidad de ejercicio para celebrar actos jurídicos.

Por su parte, Guitrón Fuentesvilla y Roig Canal señalan que este concepto representa “privar de derechos por mandato de la ley o estado de una persona, declarada judicialmente incapaz para realizar actos de la vida familiar, civil, privada, así como para la administración de su persona y bienes”⁹².

En nuestro Derecho el concepto está referido a la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona con la finalidad de su protección, tal y como señala Manuel Mateos Alarcón al definir a la interdicción como “el estado de una persona que, careciendo de las aptitudes para gobernarse por sí misma y administrar sus bienes, ha sido declarada incapaz por sentencia judicial y sometida en consecuencia a la guarda y autoridad de un tutor que la representa legalmente en los actos de la vida civil”⁹³.

Así podemos señalar que el Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 450, quiénes tienen incapacidad natural y legal:

⁹¹ Diccionario Jurídico Mexicano. *op. cit.* p. 1773.

⁹² Guitrón Fuentesvilla, J. y Roig Canal, Susana. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000. Ed. Porrúa. México. 2003, p. 339.

⁹³ Mateos Alarcón, Manuel. Estudios sobre el código civil del Distrito Federal: promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2004. p. 20.

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

La única autoridad competente para declarar el estado de interdicción de una persona es el órgano judicial, el procedimiento para llegar a dicha declaración es más complicado tratándose de las causas a que refiere la fracción II del artículo 450 del Código Civil, que el aplicable a la minoridad, ya que se precisan varios dictámenes periciales médicos emitidos fundamentando el estado mental y por consiguiente la incapacidad o duda fundada sobre la capacidad, que deberá ser acreditada en un juicio ordinario que se seguirá ante el Juez de lo Familiar, quien se encargará de declarar a una persona legalmente incapaz.

Respecto a los efectos que trae como consecuencia la declaración de incapacidad, tal y como menciona Sara Montero, podemos señalar cuatro fundamentales:

➤ En primer lugar se debe conocer quiénes son incapaces, es decir, mediante dictamen médico declarar quienes son las personas que no pueden regular sus actos por sí mismas, y que, por ello, no pueden actuar en la vida jurídica.

➤ En segundo lugar deberán anularse todos los actos que hayan realizado los incapaces, ya que pudo haber sido en perjuicio de su persona o de su patrimonio.

➤ En seguida se debe nombrar a una persona para que actúe en nombre del incapaz, ésta persona recibe el nombre de tutor, y será el representante legal que pueda actuar en su nombre.

➤ Por último, deberá establecerse la protección de la persona y los bienes del incapaz por medio de instituciones idóneas, puesto que el derecho como protector de la

seguridad y el bienestar social debe estar encaminado a buscar una protección real a la persona del incapaz y a sus bienes.

Se entiende por lo tanto, que la declaración del estado de interdicción es una forma de protección hacia el incapaz y no significa que pierda sus derechos, sino simplemente que los haga valer a través de una representante, tal y como lo establece el artículo 23 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal vigente, al señalar que la minoría de edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia, agregando que los incapaces pueden ejercer sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

Por ello, cuando sea previsible que el hijo menor de edad continúe siendo incapaz aún después de alcanzar la mayoría de edad, es aconsejable iniciar el procedimiento para declarar la incapacidad mientras sea menor, en los países cuyas legislaciones así lo regulen y lo permitan. En este caso, iniciarán el proceso quienes ejerzan la patria potestad, con el efecto de quedar la guarda automáticamente prorrogada en beneficio del menor una vez que este alcance la mayoría de edad, y evitar así que el hijo quede desprotegido hasta el momento en que se establezca una figura jurídica de protección como la tutela, o bien la *patria potestad rehabilitada*, en el caso de que no se hubiera tramitado la declaración de incapacidad del hijo durante su minoría de edad.

3. Propuesta de regulación jurídica de la patria potestad prorrogada en el Código Civil para el Distrito Federal.

Adoptar las instituciones de la *patria potestad prorrogada y rehabilitada* a partir del supuesto que se establece en el artículo 171 del Código Civil de España, supone una reforma novedosa de las figuras de protección que sobre los incapaces se establecen y regulan actualmente en nuestro Código Civil para el Distrito Federal.

Esto es así, en virtud de que en la actualidad nuestro derecho carece de disposiciones sobre aquellas situaciones en que el menor de edad incapaz, adviene a la mayoría de edad y necesita no solo alimentos sino cuidado y protección de su persona y su patrimonio. Esto se da como consecuencia, de que una vez que el incapaz llega a la mayoría de edad, es liberado de la patria potestad, perdiendo sus padres autoridad legal para atender las necesidades de éste, aún en el supuesto de que el hijo presente una enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, no pueda gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismo o por algún medio que la supla, pues la ley solo prevé que mediante el procedimiento de interdicción se dictará la declaración de incapacidad legal y entonces se designará a un tutor para el incapaz.

El primer párrafo del artículo 171 del Código Civil de España dispone que la patria potestad sobre los hijos incapacitados quedará prorrogada al llegar este a la mayoría de edad, agrega además que si el hijo es mayor de edad, soltero, que vive en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos y, además es incapacitado, no se constituirá tutela, sino que se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. En el segundo párrafo de dicho artículo se establecen como causas de terminación de la *patria potestad prorrogada*, en sus dos modalidades, la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo, la adopción del hijo, la declaración de la cesación de la incapacidad, y que el incapacitado haya contraído matrimonio.

Ambas figuras jurídicas deben ser incluidas y reguladas en nuestro Código Civil para el Distrito Federal, estableciéndose en consecuencia que la patria potestad se prorrogará para el hijo que padece una incapacidad durante su minoría de edad, mientras estaba bajo la protección de sus progenitores, y también para el hijo que presenta una incapacidad luego que es mayor de edad, para que sus progenitores asuman su cuidado y responsabilidad, precisando además las causas de terminación de la *patria potestad prorrogada y rehabilitada*.

De esta manera, el artículo que se adicione a nuestro Código Civil para el Distrito Federal por el que se establezca la regulación de la *patria potestad prorrogada y rehabilitada*, deberá contener los siguientes elementos en su redacción:

La patria potestad sobre los hijos declarados legalmente incapaces quedará prorrogada, al llegar éstos a la mayoría de edad. En el caso, de que el hijo mayor de edad sea declarado legalmente incapaz, deberá ser soltero y vivir en compañía de sus padres para que pueda ser rehabilitada la patria potestad, la que será ejercida por quien le correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada o rehabilitada se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la declaración de incapacidad, y en lo establecido en este código.

La patria potestad prorrogada o rehabilitada se acaba:

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

II.- Con la muerte del hijo.

III.- Con la adopción del hijo.

IV.- Por haberse declarado legalmente la cesación de la incapacidad.

Si al terminar la patria potestad prorrogada o rehabilitada subsistiere el estado de incapacidad, se constituirá la tutela.

Esta redacción está en armonía con nuestra legislación vigente, no tiene precedente legislativo en el Código Civil del Distrito Federal, pero como hemos señalado, se inspira en la institución de la *patria potestad prorrogada y rehabilitada* que admite el artículo 171 del Código Civil de España.

No obstante lo anterior, la adopción de la figura de la *patria potestad prorrogada* en nuestro Derecho obliga a regular la posibilidad de que sea declarada legalmente la

incapacidad del hijo antes de que éste llegue a la mayoría de edad cuando sea previsible que el menor continúe siendo incapaz aún después de alcanzarla, de lo contrario procedería establecer solo la *patria potestad rehabilitada*, pues se entiende que en algún momento dejará de ejercerse la patria potestad.

Esto es consecuencia de que la situación del hijo que es incapaz desde su minoridad se ha tratado en los códigos de otras legislaciones de distinta manera, así podemos señalar que en España, el artículo 201 del Código Civil permite que durante la minoridad del hijo se pueda declarar su incapacitación por las causas que establece la propia ley.

Al respecto, en virtud de que no existe un procedimiento específico previsto en nuestra ley para declarar al menor de edad incapaz por las causas que establece la fracción II del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, es necesario precisar la importancia de incluir dicha posibilidad, ya que nada impide que pueda establecerse que tal declaración se realice mediante el juicio de interdicción que se regula para declarar a las personas mayores de edad incapaces en el Código Civil y en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El hecho de que no esté previsto no constituye un obstáculo para estimar posible la declaración judicial de incapacidad de un menor de edad, cuando sea evidente la presencia de una enfermedad o que por su estado particular de discapacidad no pueda gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, al llegar a su mayoría de edad, sobre todo cuando en la ley esté fijado el ejercicio de ciertos derechos al arribo de determinada edad.

Hasta aquí cabe entonces distinguir que cuando estemos ante una declaración judicial de incapacidad sea de un mayor de edad o un menor de edad, una vez regulada su posibilidad, estos serían los sujetos de sometimiento de la institución de la *patria potestad prorrogada o rehabilitada*, y solo para aquellos casos en que no sea posible establecer dichas figuras jurídicas de protección, se procedería a instituir la tutela.

Así mismo, es importante señalar que se deberán identificar los supuestos de terminación de la *patria potestad prorrogada y rehabilitada*, con la finalidad de tener una regulación clara y precisa de estas figuras jurídicas. De esta manera tenemos que la primera causa de extinción es la muerte de alguno de los sujetos involucrados. Una segunda causal es la adopción, que extingue su ejercicio y su eficacia jurídica ya que comienza un nuevo estado de derecho en la persona natural al extinguirse el vínculo familiar entre el menor adoptado y su familia biológica y se reconoce un nuevo vínculo entre el menor adoptado y su familia adoptiva. Así mismo, el último supuesto de terminación es la cesación de las causas que dieron origen a la declaración de incapacidad, como consecuencia del principio de la mutabilidad de los decretos judiciales en todo lo relativo a la familia y a la norma de que tales determinaciones no se consideran cosa juzgada, por lo que las circunstancias que rodean la vida del menor deben ser evaluadas de manera continua para atender efectivamente su bienestar.

Por otra parte, se resalta la importancia de la declaración que impone los parámetros al ejercicio de las facultades de los padres y establece diversas reglas aplicables a la *patria potestad prorrogada y rehabilitada*, procurando salvar las lagunas normativas que pudieran surgir en la tenencia y el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo incapaz, mayor de edad. La referencia prioritaria a la determinación judicial busca proteger al máximo la independencia y la individualidad del hijo ante la autoridad extendida de los padres. Si hubiera duda sobre la norma a aplicarse, de modo supletorio, se regulará la relación por las normas que reglamentan a la patria potestad, para mantener la coherencia de la institución.

Es así que se destaca el carácter subsidiario de las normas que regularán a la *patria potestad prorrogada y rehabilitada*, en virtud de que siempre debe preferirse el mandato judicial dictado para ese incapaz particular, complementado, por las normas que regulan a la patria potestad, porque de ese ejercicio se trata. En consecuencia, se anticipa de esta manera la solución coherente de cualquier dificultad que se pudiera presentar durante el ejercicio de estas figuras jurídicas.

La patria potestad se extingue tan pronto el hijo es mayor de edad, por lo que la incapacidad demostrada del hijo es lo que permitirá que se prorrogue y se continúe sin interrupción bajo el poder de los padres, o que se rehabilite a ellos si se cumplen los criterios normativos en caso de que el hijo alcance la mayoría de edad sin restricciones a su capacidad de ejercicio por sí mismo, pero luego sea declarado legalmente incapaz.

Conclusiones

1.- La patria potestad es entendida como la figura jurídica por virtud de la cual se regula el conjunto de deberes y derechos que se reconocen a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

2.- El Código Civil para el Distrito Federal prevé la patria potestad sólo para la minoridad, extinguiéndose cuando el hijo arriba a la mayoría de edad, sin tomar en cuenta el grado de su capacidad de ejercicio, momento en el cual los hijos mayores de edad que presentan una incapacidad quedan de hecho en una situación de desamparo legal.

3.- La declaración de incapacidad legal, de conformidad con la fracción II del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, procede sobre aquellas personas mayores de edad que por causa de una enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

4.- Nuestro estado de derecho nada prevé para atender los asuntos del incapaz en el lapso de tiempo desde que deja de ser sujeto de la patria potestad hasta que es declarado legalmente incapaz y se instituye la tutela, nombrándole un tutor para la protección de su persona y de sus bienes.

5.- Con la finalidad de evitar que exista un vacío de representación legal sobre la persona incapaz y de que no se produzca un cambio que altere su situación personal y sus bienes, se ha dado una reforma novedosa de las instituciones de protección y guarda que sobre los mayores de edad incapaces se regulan y establecen actualmente por el Derecho, introduciéndose así en países como España, Panamá y El Salvador, la figura jurídica de la *patria potestad prorrogada*.

6.- La *patria potestad prorrogada* es una institución que implica una excepción a la extinción de la patria potestad por ser el hijo mayor de edad, como consecuencia de la incapacidad del hijo que puede producirse durante la minoridad o una vez alcanzada la mayoría de edad, lo que determinará su denominación y regulación por la ley.

7.- En la actualidad se regulan en otras legislaciones dos formas de *patria potestad prorrogada*: la propiamente prorrogada o subsistente sobre hijos declarados legalmente incapaces que alcanzan la mayoría de edad; y la *rehabilitada*, que se ejerce sobre hijos mayores solteros que, viviendo con los padres, son declarados legalmente incapaces; instituciones diferentes en cuanto a sus requisitos pero de efectos jurídicos equivalentes, ya que su finalidad es la protección de la persona y de los bienes del hijo legalmente incapaz.

8.- La introducción de las figuras jurídicas de la *patria potestad prorrogada* y *rehabilitada*, en las legislaciones de diversos países preocupados por regular y proporcionar una adecuada protección a los mayores de edad incapaces, ha adquirido una importancia notoria que se traduce en una necesidad de adoptar en nuestra legislación dichas instituciones, como posibles formas de representación para las personas declaradas legalmente incapaces.

9.- Al establecer la regulación de la *patria potestad prorrogada* en el Código Civil para el Distrito Federal, se tiene como finalidad proteger al hijo que sufre una incapacidad cuando es menor de edad, prorrogando por ley la patria potestad al llegar a la mayoría de edad, permitiendo así que los padres que ostentaban la patria potestad, continúen ejerciéndola sobre su hijo incapaz, evitando de esta manera su desamparo legal.

10.- Es importante señalar que para poder introducir la *patria potestad prorrogada* en nuestra legislación, es necesario que se regule en el Código Civil para el Distrito Federal la posibilidad de tramitar la declaración de incapacidad durante la minoría de edad del hijo, cuando se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la

mayoría de edad, y así estar en la posibilidad de que se prorrogue la patria potestad sin tener que realizar otro trámite judicial cuando el hijo alcance la mayoría de edad.

11.- El incluir en nuestro Código Civil para el Distrito Federal la regulación de la figura jurídica de la *patria potestad rehabilitada*, tiene como objetivo proteger al hijo que siendo mayor de edad es declarado legalmente incapaz, por lo que en lugar de establecerse la tutela se rehabilitaría la patria potestad, siendo los padres quienes vuelvan a ejercer la titularidad de la misma, evitando así un mayor número de obligaciones en el desempeño de esta institución.

12.- En el supuesto de que por algún motivo no se hubiera solicitado la declaración de incapacidad cuando el hijo era aún menor de edad, y ante tal descuido ya no sea posible instituir la *patria potestad prorrogada*, procedería en consecuencia establecer la *patria potestad rehabilitada*.

13.- Es por lo tanto necesario modificar la regulación de nuestro Código Civil para el Distrito Federal en cuanto a la formulación de las instituciones de representación legal y de protección al incapaz, en tal sentido, incluir la regulación de la *patria potestad prorrogada y rehabilitada*, tomando en cuenta las razones presentadas en esta investigación, para lograr la adecuada formulación legal en correspondencia con los imperativos de las condiciones actuales y la más efectiva protección a la persona y los bienes de los hijos que son declarados legalmente incapaces.

Bibliografía.

1. ACEDO PENCO, ÁNGEL y PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B.
- El Divorcio en el Derecho Iberoamericano. Editorial Temis, S.A., México, 2009.

2. ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL.
- Curso de Derecho Civil. *Derecho de Familia*. Tomo IV, 5a Edición, Editor Bosh, Barcelona, 1991.

3. BAQUEIRO ROJAS, EDGARD Y BUENROSTRO BÁEZ, ROSALÍA.
- Derecho de Familiar y Sucesiones. Editorial Harla, México, 1990.

4. BERNAL GÓMEZ, ÁLVARO ALFONSO, PÉREZ RIVERA, IVETTE MARGARITA y ROJAS MARTÍNEZ, SILVIA MARGARITA
- La Autoridad Parental, Extinción, Pérdida y Suspensión. Editorial Universidad Francisco Gavidia, Facultad de Ciencias Jurídicas, El Salvador, 2007.

5. BUERES, ALBERTO J. y HIGHTON, ELENA I.
- Código Civil y Normas Complementarias. *Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*. Tomo I, Editorial Hammurabi, 1999.

6. CABEZAS MOYANO, ANTONIO.
- Guía Práctica sobre la Incapacidad Judicial y otras Actuaciones en Beneficio de las Personas con Discapacidad. 3ra Edición, Editorial Fundación Jiennense de Tutela, España, 2007.

7. CALDERÓN DE BUITRAGO, ANITA y BONILLA DE AVELAR, EMMA DINORAH.
- Manual de Derecho de Familia. 2a Edición. Editorial Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, El Salvador, 1995.

8. CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ.

- Derecho Civil Español, Común y Foral. *Derecho de Familia*. Tomo V, Volumen 2, 9a Edición, España, 1985.

9. CONCEPCIÓN TOLEDO, ILIANA DE LA CARIDAD.

- La Protección Patrimonial de los Incapaces en la Legislación Civil y Familiar Cubana. Editorial Universidad Central “Marta Abreu” De Las Villas, Cuba, 2009.

10. COSIO Y CORRAL, ALFONSO DE.

- Derechos Reales y Derecho Hipotecario, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, Editorial Civitas, España, 1988.

11. DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTERO, ANTONIO.

- Sistema de Derecho Civil. Volumen 1, 5a Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

12. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO.

- Derecho Civil. *Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*. 9a. Edición. Editorial Porrúa, México, 2003.

13. FÁBREGA PONCE, JORGE.

- Código de la Familia. Editorial Alvarez, Panamá, 1998.

14. FÁBREGA PONCE, JORGE.

- Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editorial Jurídica Panameña, Panamá, 1998.

15. GALINDO GARFÍAS, IGNACIO.

- Derecho Civil. Editorial Porrúa, México, 1979.

16. GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO.

- Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, México, 2003.

17. GUITRÓN FUENTEVILLA, JULIÁN y ROIG CANAL, SUSANA.

- Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000. Editorial Porrúa, México, 2003.

18. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO.

- Derecho Civil para la Familia. Editorial Porrúa, México, 2004.

19. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO.

- Derecho de las Obligaciones. 15a Edición, Editorial Porrúa, México, 2006.

20. HUBER OLEA, FRANCISCO JOSÉ.

- Diccionario de Derecho Romano. *Comparado con Derecho Mexicano*. Editorial Porrúa, México, 2000.

21. IBARROLA, ANTONIO DE.

- Derecho de Familia. Editorial Porrúa, México, 2006.

22. LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO y HERRERA CAMPOS, RAMÓN.

- Sistema de Derecho Civil. *Derecho de Familia*. Editorial Dykinson, España, 2002.

23. LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO.

- Compendio de Derecho de Familia. Editorial Dykinson, España, 2002.

24. LLOVERAS, NORA.

- Comentario Analítico de la Ley 23,264. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986.

25. LLOPIS GINER, JUAN MANUEL.

- Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Práctica de Derecho. España, Valencia, 2005.

26. MATEOS ALARCÓN, MANUEL.

- Estudios sobre el código civil del Distrito Federal: promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884. Editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.

27. MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA.

- La Filiación. Editorial Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1986

28. MESSINEO, FRANCESCO.

- Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III, Editorial Oxford University Press, México, 2003.

29. PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES.

- Derecho Civil. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México, 1996.

30. PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES.

- Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1983.

31. QUINTANILLA GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL.

- Lecciones de Derecho Familiar. *Nuevas legislación comentada y concordada hasta el año 2002 Jurisprudencia, Tesis relacionadas y Doctrina*. Editorial Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2003.

32. RUIZ SERRAMALERA, RICARDO.

- Derecho de Familia. Editorial Realigraf, S.A., Madrid, 1988.

33. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.

- Derecho Civil Mexicano. 6ta Edición, Tomo V, Editorial Porrúa, México, 1992.

34. ZAVALA PÉREZ, DIEGO.

- Derecho Familiar. Editorial Porrúa, México, 2006.

Revistas:

1. MONTERO DUHALT, SARA.

- Incapacidad. Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XVI, Editorial UNAM, México, Julio – Diciembre 1966.

Diccionarios:

1. Diccionario Ilustrado Latín-Español, 22a Edición, Editorial Bibliograf, Barcelona, 2001, p. 382
2. Diccionario Jurídico Mexicano. A - C, 11a Edición, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998.
3. Diccionario Jurídico Mexicano. D - H, 11a Edición, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998.
4. Diccionario Jurídico Mexicano. I - O, 11a Edición, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998.
5. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007, p. 58

Leyes:

1. Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, México, 2003.
2. Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia, Boletín Oficial del Estado, España, 2011.
3. Código de Familia. Asamblea Legislativa, Gaceta Oficial, Panamá, 1994.
4. Código de Familia. Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Centro de Documentación Digital, El Salvador, 2009.
5. Constitución Española. Las Cortes Generales del Congreso de los Diputados y del Senado, España, 1978.

Páginas de Internet:

1. Aguilar y Aguilar. *La Patria Potestad*, Corporación de Abogados Aguilar y Aguilar, <http://canalegal.com/index.php>, fecha de consulta: 25 de mayo de 2009.
2. Cárdenas, Jazmín. *El Derecho de Familia en Panamá*, <http://www.ycardenas.blogspot.com/>, fecha de consulta: 15 de diciembre de 2011.
3. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, <http://www.rae.es/rae.html>, fecha de consulta: 20 de agosto de 2009.
4. González Jaén, Damaris y Núñez, Alfonso. *Revista Jurídica de Panamá*, <http://www.grupoevos.com/revistajuridicapanam/articulos201005/incumplimiento-patria-potestad.htm>, fecha de consulta: 26 de diciembre de 2011
5. Núñez Travieso, Belkis Caridad. *Consideraciones sobre la Patria Potestad. Su Regulación Jurídica en Cuba*. http://www.tsp.cu/Archivos/Ponencias_JyD.html, fecha de consulta: 25 de enero de 2010.
6. Portal Oficial del Senado de Puerto Rico, <http://www.senadopr.us/>, fecha de consulta: 30 de octubre de 2010.
7. Poder Judicial España, [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder Judicial](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial), fecha de consulta: 15 de junio de 2011.
8. Rangel Sánchez, Luis Felipe. *La Guarda y Custodia de los Hijos*, http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/7/DPC_015_281.pdf, fecha de consulta: 22 de agosto de 2009.
9. Semanario Judicial de la Federación, <http://ius.scjn.gob.mx>, fecha de consulta: 15 de agosto de 2009.
10. Zorrilla, Mari Carmen. *Parte General y Derecho de la Persona vigente en Cataluña*, http://www.patatabrava.com/apunts/dret-UAB/dret_civil_i-a670.htm, fecha de consulta: 22 de diciembre de 2011.