

878509

UNIVERSIDAD NUEVO MUNDO

ESCUELA DE DERECHO

4
2ej



CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FALLA DE ORIGEN

**ESTUDIO SOCIO-JURIDICO SOBRE LA EDAD PARA
EXCUSARSE DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

IRMA LAURA DIAZ OREA

DIRECTOR DE TESIS:

LIC. MA. DE LOS ANGELES ROJANO ZAVALZA.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTUDIO SOCIO-JURIDICO SOBRE LA EDAD PARA EXCUSARSE DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

| | Pág. |
|--|------|
| INDICE | 1 |
| INTRGDUCCION | 3 |
| CAPITULO I | |
| 1. Conceptos. | |
| 1.1 Definición de patria potestad. | 5 |
| 1.1.1 La emancipación. | 8 |
| 1.2 Los sujetos en la patria potestad. | 11 |
| 1.3 Del parentesco. | 13 |
| 1.4 La filiación como origen de la patria potestad. | 16 |
| 1.5 De los alimentos. | 18 |
| CAPITULO 2 | |
| 2. Antecedentes Históricos. | |
| 2.1 La autoridad en la familia romana. | 21 |
| 2.2 La patria potestad en el Derecho Germánico. | 24 |
| 2.3 La patria potestad en el Derecho Francés. | 26 |
| 2.4 La patria potestad en el Derecho Español antiguo. | 27 |
| 2.5 La patria potestad en el Derecho Mexicano. | 28 |

| CAPITULO 3 | Pág. |
|--|-----------|
| 3. La figura de la Patria Potestad en la época actual. | |
| 3.1 Fundamento de la autoridad paterna. | 30 |
| 3.2 Caracteres de la relación paterno-filial. | 33 |
| 3.3 Deberes y derechos que impone ésta Institución. | 36 |
| 3.4 Influencia de la Iglesia. | 47 |
| 3.5 Modos de acabarse y suspenderse la patria potestad. | 50 |
| CAPITULO 4 | |
| 4. Efectos de la pérdida de la Patria Potestad | |
| 4.1 Finalidad de esta Institución. | 53 |
| 4.2 Protección de los menores. | 56 |
| 4.3 Repercusiones psicológicas sobre los menores. | 60 |
| 4.4 Equiparación al delito de abandono de personas. | 64 |
| CAPITULO 5 | |
| 5. La legislación mexicana, comparada con legislaciones extranjeras. | |
| 5.1 Código Civil Francés. | 66 |
| 5.2 Código Civil de la República de Guatemala. | 71 |
| 5.3 Código Civil de la República de Chile. | 76 |
| 5.4 Código Civil Español. | 79 |
| 5.5 Código Civil Italiano | 82 |
| 5.6 Código Civil Mexicano | 90 |
| CONCLUSIONES | 93 |
| BIBLIOGRAFIA | 95 |

INTRODUCCION.

Para mí, resultó de gran interés el tema relacionado con la edad, para poder excusarse del ejercicio de la patria potestad, debido a que me parece un asunto de gran relevancia y que necesita urgentemente ser reformado por el legislador. Este tema fué regulado en una época en la cual el nivel y las expectativas de vida eran muy diferentes a las actuales, ya que entonces las personas vivían menos tiempo que hoy en día.

Por ello, es que yo propondría reformar el artículo 448 del Código Civil vigente, en su parte relativa a la excusa para ejercer la patria potestad, cuando se tengan sesenta años cumplidos.

Para mi punto de vista, la patria potestad no solo consiste en una institución encargada de brindar asistencia y protección a los hijos menores de edad no emancipados, sino que implica además de los bienes materiales que un padre pueda brindarle a su hijo, el apoyo moral para que éste se sienta respaldado por alguien, tener el buen ejemplo de un padre que seguir y el cariño y la comprensión que nadie más que un padre puede brindarle a su hijo.

Por estos motivos, yo considero que una persona de sesenta años, que se encuentre en la posibilidad de proporcionar ésto a su hijo, no se rehúse a hacerlo, por la facilidad que le proporciona la fracción primera del ya mencionado artículo.

CAPITULO 1

1. Conceptos

1.1 Definición de Patria Potestad.

Para definir este concepto, comenzaré por enunciar algunas definiciones tomadas de diversos diccionarios de Derecho, de entre las cuales destacan: "Conjunto de las facultades que suponen también deberes conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados, en cuanto se refiere a su persona y bienes." (1)."Suma de derechos y deberes del padre y, en su ausencia o incapacidad, de la madre, sobre los bienes y las personas de sus hijos: 1) legítimos; 2) naturales reconocidos y 3) adoptivos, no emancipados. La patria potestad se ejerce desde el nacimiento del hijo, salvo suspensión o privación de tales derechos". (2)

Por su parte, diversos autores han definido esta Institución; entre ellos se encuentra Galindo Garfias, que la define de la siguiente manera: "Institución establecida por el Derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos.

(1) RAFAEL DE PINA, RAFAEL DE PINA VARA: Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México, 1988, pág.381.

(2) Diccionario Enciclopédico Salvat, Tomo IX. México, 1983, pág.2569.

Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil)." Otra definición del mismo autor es: "Conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes que estos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere." Asimismo la define como: "Autoridad atribuída a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados."

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

Por último, tenemos la aportación de Colón y Capitant, quienes la definen como el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados.

Como podemos observar, todas estas definiciones nos describen la misma idea general de patria potestad como derechos y deberes unidos, para lograr el sostenimiento y educación de los menores no emancipados, a cargo de sus progenitores o adoptantes.

1.1.1 La emancipación.

Es importante que hagamos un breve análisis de la figura de la emancipación, ya que, como vemos en las definiciones antes mencionadas de la patria potestad, destaca el concepto del menor de edad no emancipado.

La emancipación consiste en la figura jurídica por medio de la cual, el menor de edad sale de la patria potestad o de la tutela a que se hallaba sometido.

Esta figura tiene su antecedente en Roma, en la Institución de la *venia aetatis*, que consistía en un beneficio concedido por los emperadores a los hombres de veinte años y a las mujeres de dieciocho años, para que estos pudieran disponer de sus bienes muebles antes de los veinticinco años, edad en que se cumplía la mayoría de edad romana. Se trataba así de una declaración expresa de voluntad del poder público. No obstante, en Roma no se conocía la emancipación tácita por efecto del matrimonio.

Por otra parte, el derecho consuetudinario europeo, también otorgaba al menor de edad la capacidad para administrar sus bienes y percibir sus productos; pero para comparecer en juicio y

enajenar inmuebles, requiera ser asistido por un curador. Además existía también una emancipación tácita del menor, en virtud del matrimonio.

El Código Civil francés contempla, tanto la emancipación expresa por voluntad de quienes ejercen la patria potestad, como la emancipación tácita por efectos del matrimonio del menor.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal de 1928, comprendía también los dos sistemas de emancipación: expresa y tácita, siendo la expresa, tanto por declaración de voluntad de los que ejercen la patria potestad o del tutor o bien, por solicitud del propio menor que tuviera dieciocho años y hubiera acreditado ante el juez competente su buena conducta y sus aptitudes para administrar sus bienes, como lo establecían la tradición francesa y española.

También se suprimió en este Código el derecho de dirigir y vigilar la administración de los bienes del menor, por parte de los padres o tutores y se estableció de nuevo el requisito de previa autorización judicial, para la enajenación o gravamen de inmuebles propiedad del menor y un tutor para representarlo en negocios judiciales.

Posteriormente, con el decreto publicado en el Diario Oficial el 28 de enero de 1970, se derogó la emancipación expresa (en sus dos formas), quedando de esta manera, en nuestro Código vigente, como única forma de emancipación, la que se produce tácitamente como consecuencia del matrimonio.

1.2 Los sujetos en la Patria Potestad.

Como sabemos, existe una rama dentro del Derecho Civil que dedica su estudio a los sujetos que componen al Derecho de Familia.

En términos generales, sabemos que los sujetos que conforman esta rama, son fundamentalmente los parientes (por consanguinidad, afinidad o adopción), los cónyuges y las personas que ejercen la patria potestad o tutela. Nuestro Código Civil vigente reconoce también a los concubinarios.

El parentesco es esencial en el Derecho Familiar, ya que en virtud de él, surgen consecuencias jurídicas de gran relevancia.

Las personas a las que nosotros llamaremos los sujetos de la patria potestad, son aquellas que deben diferenciarse de los parientes en general, porque se trata exclusivamente de los padres e hijos o, en su caso, de los abuelos y nietos, y obviamente los derechos y deberes que surjan de esta relación jurídica, tienen características específicas.

Encontramos una situación de autoridad por parte de los padres y una de subordinación por parte de los hijos. Los menores tienen el deber de respetar y obedecer a quienes ejercen la patria potestad

sobre ellos. Así pues, este deber de honra y respeto hacia los padres y demás ascendientes queda expresamente reglamentado por el artículo 411 del Código Civil, que textualmente señala: "Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.", lo cual nos indica que este deber por parte de los hijos, no se extingue al terminar la patria potestad. Este es solo un ejemplo de los deberes que trae como consecuencia la relación que existe entre los sujetos de la patria potestad; posteriormente en otro capítulo enunciaremos todos los demás derechos y obligaciones que acarrea esta relación, pero como observamos, son muy diferentes de los que surgen en las otras relaciones que componen al Derecho de Familia.

1.3 Del parentesco.

Se entiende por parentesco, la relación que se establece entre los sujetos en virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción.

Así, tenemos que el parentesco por consanguinidad, es la relación jurídica que surge entre las personas que descienden de un tronco común.

Este parentesco consanguíneo tiene los siguientes efectos:

1º Crea el derecho y la obligación de alimentos.

2º Origina el derecho subjetivo de heredar en la sucesión legítima o la facultad de exigir la pensión alimenticia en la sucesión testamentaria.

3º Origina los derechos, deberes y obligaciones inherentes a la patria potestad que se contraen sólo entre padres e hijos, abuelos y nietos en su caso.

4º El deber de respeto, pues los hijos deben honrar y respetar a sus padres y abuelos.

5º El parentesco constituye un impedimento para el matrimonio entre parientes en grado próximo.

En cuanto al parentesco por afinidad, tenemos que es la relación jurídica surgida del matrimonio entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro.

El parentesco por afinidad, produce consecuencias muy restringidas:

1º El parentesco por afinidad no dá derecho a heredar.

2º Crea el impedimento para contraer matrimonio entre afines de la línea recta, sin limitación de grado.

3º El derecho a los alimentos, sólo es entre los cónyuges.

Por último, encontramos al parentesco por adopción, que también recibe el nombre de parentesco civil y es el que resulta del acto jurídico, por virtud del cual se crean entre adoptante y adoptado, los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijo.

La adopción no hace salir al adoptado de su familia natural, ni ingresar a la familia de su adoptante; es un vínculo que se crea únicamente entre adoptante y adoptado.

Los efectos del parentesco civil son los siguientes:

1º Atribuir al adoptante la patria potestad del menor y extinguirla respecto de quien la ejercía anteriormente.

2º El adoptante adquiere la representación, la administración y la mitad del usufructo de los bienes del menor adoptado (excepto los que éste haya adquirido por su trabajo) como titular de la patria potestad de éste.

3º El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, mientras dure el lazo jurídico de la adopción.

4º El adoptado adquirirá todos los derechos y obligaciones que tiene un hijo; entre ellos, el adoptante tiene derecho de participar en la herencia del adoptado.

5º El adoptado tiene el derecho de usar el nombre del adoptante.

1.4 La Filiación como origen de la Patria Potestad.

Comenzaremos por definir el concepto de filiación. La filiación es el vínculo jurídico existente entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado, en otras palabras: se trata de la relación jurídica que existe entre el padre y su hijo ó la madre y su hijo.

La filiación puede ser legítima, natural o adoptiva. La filiación legítima es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres.

Por su parte, la filiación natural es la que se refiere al hijo que fue concebido, cuando su madre no estaba unida en matrimonio. Este tipo de filiación puede ser simple, adulterina o incestuosa. La filiación natural simple es cuando el hijo fué concebido fuera del matrimonio, pero no existía ningún impedimento para que dicho matrimonio se realizara. La filiación natural adulterina, se dá cuando el hijo es concebido por la madre estando ésta unida en matrimonio con un hombre que no es el padre de dicho hijo, o cuando el padre es casado, y su esposa no es la madre del hijo. Finalmente, se dice que la filiación natural es incestuosa, cuando el hijo es producto de una relación entre parientes, en el grado que la ley impide el matrimonio.

La filiación adoptiva o civil, es la que surge como consecuencia del acto de adopción y en virtud de ésta, el adoptante se convierte en padre del adoptado y éste a su vez pasa a ser su hijo.

La filiación tiene como fuente principal a la familia, específicamente, se trata del parentesco más cercano en grado que una persona tiene, es decir: es el parentesco en línea recta ascendente o descendente, en primer grado. Este tipo de parentesco, como ya mencionamos en el inciso anterior, genera consecuencias jurídicas, como son: la sucesión legítima, el derecho y la obligación de alimentos, etc.

Como podemos observar, la filiación esta íntimamente relacionada con nuestro tema, ya que una de las consecuencias específicas del parentesco de filiación, es precisamente la patria potestad.

1.5 De los alimentos.

Es importante subrayar qué se entiende por alimentos, debido a que forman parte de las consecuencias jurídicas del parentesco y por consiguiente, de la patria potestad.

Podemos definir la obligación alimentaria de la siguiente manera: "Es el deber que tiene un sujeto llamado deudor alimentario de suministrar a otro, llamado acreedor, de acuerdo con las posibilidades del primero y las necesidades del segundo, en dinero o en especie, lo necesario para subsistir." (3)

El Código Civil vigente en su artículo 308 establece que los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en los casos de enfermedad.

Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales. Por otra parte, la historia nos muestra que, en el derecho romano, la obligación de prestar alimentos derivaba de la patria potestad y se daba entre el pater familias y las personas que estaban bajo su autoridad.

(3) SARA MONTERO DUHALT: Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México, 1990, pág.60.

Así tenemos, que el origen de esta obligación, es el derecho a la vida que tiene todo ser humano, del cual se deriva la asistencia para el sustento del cuerpo y del espíritu; por ello se considera a esta institución de orden público.

La obligación alimenticia tiene como características la reciprocidad, la solidaridad; es personalísima, divisible, asegurable, imprescriptible, etc.

Esta obligación es recíproca como lo establece el artículo 301 del código civil: "La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los dá tiene a su vez el derecho de pedirlos."

La solidaridad en esta obligación, se refiere a que los que ejercen la patria potestad son solidarios entre ellos, es decir, ambos padres, o abuelos en su caso, contribuirán económicamente en la alimentación y educación de sus hijos.

Se dice que es una obligación personalísima, ya que ésta tiene una naturaleza de intransferible, es decir, esta obligación sólo puede ser exigida por la persona que se encuentra en la situación jurídica del parentesco dentro del cuarto grado colateral, y de ascendiente o descendiente del deudor alimentista. Y el derecho de exigir el pago de alimentos, no se puede ceder en favor de un tercero.

Se trata de una obligación divisible, porque puede ser cumplida por todos aquellos que tengan el deber y la posibilidad de hacerlo.

Es también una obligación asegurable a través de fianza, prenda o hipoteca, en cantidad bastante a cubrir los alimentos.

Por último tenemos, que es una obligación imprescriptible, porque no desaparece por el transcurso del tiempo.

Aquí cabe hacer notar, una característica muy importante: El deber de dar alimentos persiste cuando los padres pierden la patria potestad. "Aún en los casos de suspensión, pérdida o terminación de la patria potestad, la obligación alimenticia persiste. Es algo que se deriva de la solidaridad humana y familiar, y el necesitado siempre puede ejercer el derecho para recibirlos." (4)

(4) MANUEL F. CHAVEZ ASENCIO: La familia en el Derecho, "Relaciones jurídicas paterno filiales". Editorial Porrúa, México, 1987, pág. 302.

CAPITULO 2

2. Antecedentes Históricos

2.1 La autoridad en la familia romana.

En la antigua Roma, nos encontramos con que la familia no se regía por lo que dictaran las leyes de los hombres, sino que obedecía a las creencias religiosas, que eran universalmente admitidas en la primitiva edad de esos pueblos.

La religión nos marcaba que el padre era el jefe del culto y que el hijo sólo debía ayudarlo en sus santas funciones; los hijos permanecían ligados al hogar del padre y, por consecuencia, sometidos a su autoridad; mientras él vivía, siempre eran considerados menores.

Los hijos nacidos del concubinato, no estaban bajo la autoridad del padre. La paternidad no concedía por sí sola, ningún decho al padre.

En aquella época, el padre no sólo era el hombre encargado de proteger y con la facultad de hacerse obedecer, sino que en él residía toda la religión.

Como se puede observar, la característica principal de esta autoridad, es que anteponía sus propios intereses a la protección del hijo. De esto se derivan diversas consecuencias, como lo era el hecho de que los hijos no dejaban de estar sometidos al padre, ni

por la edad, ni por el matrimonio; asimismo, esta autoridad sólo le pertenecía al jefe de familia, aunque no siempre era el padre quien la ejercía, es decir, prevalecía la del abuelo paterno. La madre no podía tener nunca la potestad paternal.

Por otra parte, la potestad del jefe de familia se extendía hasta el derecho de disponer sobre la vida y la muerte de sus hijos; el pater familias podía aplicar a sus hijos la pena de muerte, como medida de corrección. Posteriormente, estos poderes con que contaba la autoridad paternal, fueron disminuyendo, y el pater familias debía formular la acusación ante el magistrado, que era el único que podía dictar la sentencia de pena de muerte.

Dentro de los derechos que poseía el padre sobre su hijo, estaba el derecho de cederlo a un tercero, como si se tratara de un esclavo; esta figura recibía el nombre de *mancipium* y era temporal; en las XII tablas se establecía, que el hijo mancipado por tres veces, debía ser libertado de la autoridad paternal, y la jurisprudencia admitía, que en el caso de las hijas y de los nietos, sólo bastaba una *mancipatio* para producir el mismo efecto.

En tiempos de Caracalla, sólo era permitida la venta de los hijos en caso de extrema necesidad del padre. Finalmente, el padre podía dejar abandonados a sus hijos, y esta práctica fué prohibida sólo en el Bajo Imperio. No obstante, a pesar de todas las facultades que ejercía el padre sobre su hijo, nunca pudo convertirlo en esclavo.

Por lo que se refiere a los bienes de los hijos, todo pertenecía a la autoridad paterna, salvo el caso en que los hijos contribúan en el patrimonio familiar. Así eran considerados como copropietarios mientras vivía el padre, y a la muerte de éste, los bienes eran de su propiedad.

Con el transcurso del tiempo, la fuerza de esta autoridad paternal romana fué disminuyendo, a través de figuras como el peculio.

Las fuentes de la potestad paterna en Roma eran el matrimonio, la adopción, y bajo los emperadores cristianos, por la legitimación.

2.2 La patria potestad en el Derecho Germánico.

La figura de la autoridad paterna germana era muy similar a la que existió en Roma.

Como ya vimos en el inciso anterior, en Roma existía la figura del pater familias, que era la única persona que contaba con plena capacidad de goce y ejercicio.

En el antiguo Derecho alemán, existía esta figura bajo el nombre de "Munt", que consistía en una comunidad erigida sobre la potestad del padre de familia y que abarcaba a la mujer, los hijos, los siervos y los extraños, huéspedes de la casa.

Esta figura comprendía un deber de protección sobre el hijo por parte del padre, aunque en los inicios de esta Institución, las facultades paternas eran muy semejantes a las que tenía el pater familias en Roma, es decir: el padre que tenía la "Munt" sobre el hijo, podía corregirlo; incluso, aplicar la pena de muerte sobre él; podía también venderlo, disponer sobre su matrimonio, sus bienes, sobre los cuales poseía la llamada tutela paterna, en virtud de la cual podía administrar su patrimonio al igual que un tutor, pero sin contraer las obligaciones que un tutor tiene.

Posteriormente, al igual que el derecho romano, el derecho germánico fue evolucionando y con el transcurso del tiempo, los derechos que poseía el padre sobre los hijos se fueron transformando hasta que obtuvieron un carácter meramente tuitivo.

A diferencia del Derecho romano, en el Derecho germánico, la potestad del padre no era vitalicia; ésta terminaba con la mayoría de edad del hijo; aquí también existía la posibilidad de una potestad materna, que se daba sobre el hijo cuando fallecía el padre.

También el derecho que poseía el padre para disponer sobre el matrimonio del hijo, se convirtió en un simple derecho de dar su aprobación.

Así pues, se convirtió en una Institución dedicada al cuidado y educación del hijo, hasta que éste comenzara una vida económica independiente.

2.3 La patria potestad en el Derecho Francés.

A diferencia del Derecho romano, la patria potestad en Francia, era ejercida tanto por el padre, como por la madre; aquí ya no existía la figura paternal, con poder absoluto sobre todos los miembros de la familia; el poder del padre sobre la persona del hijo ya no era tan absoluto y su trato ya no era tan riguroso. Esta potestad se extinguía con la mayoría de edad, o con la emancipación por efecto del matrimonio.

La potestad en Francia, comprendía sólo a la persona del hijo, excluyendo los bienes de éste, sobre los que el progenitor ejerce su administración, sin tener el usufructo legal.

El Código Civil de 1804, otorgaba al padre el ejercicio de la patria potestad. A partir de la ley del 22 de septiembre de 1942, se transforma esta autoridad en una potestad ejercida en interés común del patrimonio y de los hijos.

En la ley del 22 de mayo de 1946, se proclamó la idea de que los tribunales podían quitarles la patria potestad a los padres, que por su salud o conducta, interrumpieran la buena formación de los hijos.

2.4 La patria potestad en el Derecho Español antiguo.

La figura de la patria potestad en el antiguo Derecho español, está influenciada tanto por el Derecho romano, como por el Derecho germánico.

Por una parte, las Partidas (ordenamiento legal) acogieron esta figura del Derecho romano, denominándola *officium virile*, que consistía en un poder perpetuo y absoluto en favor del padre.

Asimismo, la patria potestad en el Derecho español antiguo, al igual que en Roma, sólo se concebía en la familia legítima y terminaba por la promoción del hijo para desempeñar ciertas dignidades o cargos públicos, como lo eran el de cónsul, obispo, consejero del rey, etc.

Posteriormente, la influencia del cristianismo logra que la patria potestad en España sea ejercida con suavidad y con piedad paternal; es decir, se transforma del poder del pater, a un deber de protección y cuidado hacia el hijo.

2.5 La patria potestad en el Derecho Mexicano.

Desde los tiempos más remotos, es decir, desde la época de los aztecas (período prehispánico), la familia se basaba en el matrimonio monogámico, y los contrayentes requerían de la autorización de sus padres, para llevarlo a cabo. Y como ya vimos en el Derecho romano y en todos los que siguieron su ejemplo, predominaba el poder patriarcal sobre la mujer y sobre los hijos, hasta el grado de que en determinadas circunstancias, les podía imponer la esclavitud.

Posteriormente, en el período hispánico, se realizó una recopilación de las Leyes de Indias y de las Ordenanzas de Intendentes de 1780, que se aplicaban en la Nueva España y la aplicación de las Partidas de Alfonso X El Sabio, las cuales tuvieron vigencia hasta que se promulgó la legislación civil nacional.

El primer Código Civil que rigió en nuestro país fué el de 1870, el cual tomó en consideración al Derecho romano, el Derecho español antiguo, los Códigos de Austria, Holanda y Portugal, los proyectos de Justo Sierra, pero principalmente, el Código de Napoleón.

Este Código de 1870, fué reformado por decreto del 14 de diciembre de 1883 y entró en vigor el 1º de junio de 1884, aportando una amplia libertad para testar.

Tanto en el Código de 1870, como en el de 1884, la patria potestad se ejercía en primer término por el padre y después por la madre. En caso de muerte, seguía el abuelo paterno y después el materno.

Fue hasta la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, donde se estableció que la patria potestad se ejerce por el padre y por la madre mancomunadamente, y después por los abuelos paternos por último, por los abuelos maternos.

Esta Ley de Relaciones Familiares, fué derogada por el Código Civil de 1928.

Por último, y en relación a nuestro tema de estudio, debemos mencionar que ni en los Códigos de 1870, 1884, ni en la Ley sobre Relaciones Familiares, se contemplaba la posibilidad de excusarse del ejercicio de la patria potestad. El Código de 1928 aportó que la patria potestad no es renunciable, sin embargo, la hizo excusable.

CAPITULO 3

3. La figura de la Patria Potestad en la época actual

3.1 Fundamento de la autoridad paterna.

El vocablo autoridad paterna, nos hace pensar que esta autoridad, equiparable a un poder sobre el hijo, correspondiera únicamente al padre; sin embargo, esto no es cierto, ya que se trata de un poder conferido tanto al padre como a la madre. Dicho poder esta encaminado a proteger, guiar, corregir y educar a los hijos y por lo mismo se convierte en un poder-deber, ya que se trata de una obligación por parte de los padres en beneficio de sus hijos.

De lo anterior, podemos observar que dicha autoridad corresponde a los progenitores, lo que nos lleva a descubrir que el origen de la autoridad que rige en la patria potestad, es la paternidad y la maternidad.

La paternidad y la maternidad tienden a confundirse con la filiación, debido a que ambas figuras crean una relación jurídica con derechos y deberes entre padres e hijos, pero se diferencian en que la filiación hace referencia a los hijos y la paternidad y la maternidad a los padres, pero al fin y al cabo, las dos figuras acarrear las mismas consecuencias jurídicas.

La maternidad por su parte, es un hecho que puede probarse en forma directa a través del parto y la identidad del hijo, que se puede acreditar mediante la posesión del estado de hijo o con el acta de nacimiento.

Es por ello que nuestro Código Civil, en su artículo 55, establece como obligación de los padres y a falta de éstos de los abuelos paternos o maternos, hacer la declaración del nacimiento dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió. Asimismo, este artículo impone la misma obligación a los médicos cirujanos o matronas que hubieren asistido al parto, de dar aviso al Juez del Registro Civil, dentro de las veinticuatro horas siguientes. También tiene esta obligación el jefe de familia en cuya casa se haya producido el parto, si éste fué fuera de la casa paterna. Por último, los directores de los sanatorios particulares o del Estado, o los encargados de su administración, tienen esta misma obligación si el nacimiento ocurrió en estos lugares.

Para efecto de identificar al presentado, se imprime su huella digital en el acta de nacimiento (artículo 58 C.C.).

Por otra parte, el artículo 60 del mismo ordenamiento legal, establece en el párrafo segundo, que: "La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nom-

bre figure en el acta de nacimiento de su hijo. Si al hacer la presentación no se da el nombre de la madre se pondrá en el acta que el presentado es hijo de madre desconocida pero la investigación de la maternidad podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo con las disposiciones relativas de este código".

Por lo que respecta a la paternidad, ésta no es tan fácil de probar, como ya lo vimos en la maternidad; la paternidad no se puede probar en forma directa, sino sólo puede presumirse.

Esta presunción radica en que el hijo es concebido por el marido de la madre, siempre y cuando haya nacido después de 180 días de celebrado el matrimonio o comenzado el concubinato, o también si el hijo nació dentro de los 300 días después de la disolución del matrimonio o de la terminación del concubinato.

Aquí mencionamos también el caso de los hijos nacidos del concubinato, ya que nuestro Código Civil vigente contempla y regula esta figura y por lo tanto, establece quienes ejercerán la patria potestad de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

3.2 Caracteres de la relación paterno-filial.

De las funciones que tiene por objeto la Institución de la patria potestad, como son las de velar, proteger, educar a los hijos para que éstos sean en el futuro hombres de bien y buenos ciudadanos, se desprende la característica que consiste en un cargo de interés público. Es por ello también, que en caso de incumplimiento de sus deberes por parte de quienes la ejercen (padres o abuelos), las autoridades pueden intervenir, como es el caso del Ministerio Público, los Consejos Locales de Tutelas y los jueces familiares, para exigir el debido cumplimiento de estas obligaciones. Y al tratarse de una Institución de orden público, tenemos como consecuencia su carácter de irrenunciable, ya que de renunciar a ella, se verían afectados los derechos de los menores que se encuentren bajo su guarda; esto en atención a lo que establece el artículo 6º del Código Civil, en lo relativo a que "sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero".

Por otra parte, el mismo ordenamiento legal establece expresamente en su artículo 448: "La patria potestad no es renunciable". Su ejercicio es obligatorio en virtud de su propia naturaleza.

Otra característica que posee la patria potestad, es que se trata de una función personal, es decir, el ejercicio de la patria potestad corresponde únicamente a los padres o a los abuelos si faltaren aquellos; los derechos y deberes que la componen, no pueden ser cumplidos a través de terceros. Asimismo, es intransferible, ya que este conjunto de obligaciones y derechos está fuera del comercio, es decir, no pueden ser transferidos o enajenados. La única manera de transmisión que contempla la ley, es en el caso de la adopción, en donde la patria potestad se transmite al adoptante con el consentimiento de quien o quienes la ejercían y cumpliendo con todas las formalidades que exige la ley.

Por otra parte, tenemos que la patria potestad es también imprescriptible y temporal. Es imprescriptible ya que los derechos y deberes derivados de ella no se extinguen por el transcurso del tiempo; a su vez, es de tracto sucesivo, porque su ejercicio es continuado, no se agota al cumplirse la obligación y se termina hasta que se cumple el tiempo en que la Institución se acaba. Por ello, se habla de su carácter temporal, ya que no se trata de una función perpetua, sino que termina por la mayoría de edad del hijo,

que en nuestro Derecho se alcanza a los dieciocho años (art.646 C.C.); la emancipación derivada del matrimonio, o la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.

Por último, tenemos como característica de la patria potestad el hecho de que es una función excusable para quienes la ejercen. La ley previene esta situación en dos casos: 1) Cuando tengan sesenta años cumplidos y 2) Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño (art.448 C.C).

En este caso me atrevo a cuestionar si será suficiente justificación el hecho de cumplir sesenta años, para desligarse de esta obligación tan importante y con tantas consecuencias, tomando en cuenta que si un hombre de esa edad tuvo la capacidad tanto física como mental para engendrar a un hijo, considero que también debe tenerla para hacerse cargo de él; posteriormente, ahondaré más en este punto, ya que es el tema central de mi trabajo.

3.3 Deberes y derechos que impone esta Institución.

Como ya sabemos, la patria potestad es una relación jurídica existente entre los progenitores y sus descendientes, y como toda relación jurídica, acarrea una serie de derechos y deberes recíprocos, ya que ambas partes están sujetas a ellos; es decir, tanto los padres tienen deberes y derechos respecto de la persona de los hijos, como los hijos tienen a su vez derechos y deberes en relación a sus padres.

Comenzaré por enunciar los deberes de los hijos. Es así como señala el artículo 411 del Código Civil: "Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes". Aquí tenemos el primer deber a cargo de los hijos, que posee un alto contenido ético, moral y religioso, ya que acoge uno de los mandamientos de la religión católica: "Honrarás a tu padre y a tu madre". Este deber derivado de la calidad de hijo es regulado, como ya vimos, por la ley; sin embargo, carece de una fuerza coercitiva por parte de las autoridades, para el caso de su incumplimiento.

Tenemos también otro deber por parte de los hijos, el que señala el artículo 421 del mismo ordenamiento legal: "Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la

ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente". Esto se deriva del deber que tiene el hijo de aprender a convivir con sus padres o ascendientes, y recibir de ellos todo el respaldo, el afecto y el respeto que merece y que a su vez él tiene que aportar; por ello es que decimos que se trata de derechos recíprocos.

Por otra parte, tenemos los derechos y deberes que tienen los padres sobre la persona de los hijos. En primer lugar, mencionaré el deber de guarda y custodia que deben ejercer los padres en beneficio de los menores, ya que éstos están expuestos a un sin número de peligros y tienen el derecho de ser protegidos y vigilados, para evitar todos los daños que puedan amenazar su salud física y mental. Dentro de este deber de custodiar a los hijos, debemos mencionar el derecho que tienen los padres de examinar la correspondencia que manden y reciban sus hijos; esto es con el propósito de evitar que los menores reciban influencias nocivas que perturben su educación.

Asimismo, los padres o quienes ejercen la patria potestad, tienen el deber de educar a los menores sujetos a ella. Aquí cabe distinguir entre la educación que van a proporcionarles personalmente los padres o abuelos a los menores, como sería el caso de la educación religiosa, las costumbres morales, la educación

relacionada con el oficio o trabajo que en un futuro desempeñarán, etc, y por otra parte la educación que deben brindarles a cargo de una Institución, ya sea pública o privada.

Tenemos aquí por un lado, la importancia de que los padres eduquen desde recién nacidos a sus hijos y que les inculquen sus creencias y buenos hábitos; pero es muy importante también, que les proporcionen el acceso a las escuelas, debido a que los padres, en la mayoría de los casos, no tienen el tiempo ni las facilidades necesarias para brindarles una educación completa en todos los sentidos. Por ello, el Estado auxilia a los padres en esta labor, proporcionando las escuelas públicas, y además regulando esta actividad, como lo observamos en la propia Constitución, que en su artículo 3º fracción VI establece: "La educación primaria será obligatoria" y a su vez la fracción VII señala: "Toda la educación que el Estado imparta será gratuita". De la misma manera, el artículo 4º Constitucional en su último párrafo establece: "Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas".

Por su parte, el Código Civil impone también esta obligación de educación a cargo de los padres en su artículo 422, que establece lo siguiente: "A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente" y menciona también, que incluso los Consejos Locales de Tutela podrán poner al tanto al Ministerio Público en caso de que no se cumpla con esta obligación, para que éste promueva lo que corresponda. El artículo 308 del mismo código, también prevee los gastos necesarios para la educación primaria y para proporcionar-le algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales del menor (esto viene comprendido dentro de la obligación alimentista). Aquí cabe mencionar que la obligación de dar alimentos, no siempre corresponde al que ejerce la patria potestad, ya que éste puede estar económicamente imposibilitado para hacerlo; pero ello no lo hace perder el ejercicio de la patria potestad sobre el menor.

Como podemos observar, este deber-derecho de la educación, está muy atendido por nuestro sistema de Derecho y por ello se regula también la facultad de corrección que tienen los que ejercen la patria potestad sobre los menores, para que éstos cumplan con su deber de estudiar y aprovechar al máximo todos los conociemien-

tos que les proporcionen. Esta facultad para corregir a los menores se encuentra estipulada en el artículo 423 del Código Civil de la siguiente manera: "Los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente". Este artículo fué modificado por la reforma de diciembre de 1974, ya que anteriormente señalaba: "Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente". Y esta facultad que otorgaba la ley, daba pié a un sin número de abusos por parte de los que ejercían la patria potestad en contra de la persona de los menores sujetos a ella. Por su parte, el Código Penal regula esta situación de la siguiente manera: "Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos" (art.295 C.P.).

Otro de los deberes que les corresponde llevar a cabo a los que ejercen la patria potestad, es el de la representación legal de la persona del menor, así lo establecen los artículos 424 y 425 del Código Civil. El artículo 424 señala al respecto: "El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho" y el artículo 425 establece: "Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella". Este deber de los padres surge como consecuencia de la incapacidad de ejercicio que sufren los menores de edad.

El artículo 470, señala el derecho del ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo.

Por último, tenemos entre las obligaciones de los que ejercen la patria potestad respecto de la persona de los hijos, la obligación alimenticia y como ya observamos con anterioridad, no siempre corresponde a los que ejercen la patria potestad sobre el menor, sino que puede cumplirla cualquier otro pariente que esté en posibilidades de hacerlo.

Respecto a los bienes de los hijos, los padres tienen la obligación de administrarlos mientras aquellos alcancen la mayoría de edad, ya que como nos indica el artículo 647 del Código Civil: "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes", por lo que, mientras esto sucede, los que ejercen la patria potestad sobre los menores deben administrar sus bienes, siempre y cuando se trate de bienes que los menores hayan adquirido por herencias, legados, donaciones o cualquier otro título que no sea por causa de su trabajo, es decir, los bienes de los menores son de dos clases: 1) los que adquiera por su trabajo y 2) los que adquiera por cualquier otro título. Respecto de los primeros, el menor va a tener la propiedad, la administración y el usufructo de ellos, sin ingerencia alguna de los que ejercen la patria potestad sobre él. Y por lo que respecta a la segunda clase de bienes, es decir, los que adquiera por cualquier otro título que no sea por su trabajo, éstos van a ser administrados por los que ejercen la patria potestad sobre el menor, y a su vez estas personas, tendrán derecho a la mitad del usufructo de dichos bienes, siempre y cuando al tratarse de bienes producto de una herencia, legado o donación, el testador o donante no haya dispuesto que dicho usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado.

Cuando la patria potestad sea ejercida por ambos consortes, ya sean los padres, los abuelos o los adoptantes, nombrarán de común acuerdo al que llevará a cabo la administración de los bienes del menor, y el designado tendrá que consultar a su consorte para todos los negocios y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración (art. 426 C.C.).

Como ya vimos, los que ejercen la patria potestad, son los administradores de los bienes del menor; sin embargo, éstos no tienen facultades para actos de dominio sobre esos bienes, por lo que no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que sean propiedad del menor, salvo en el caso que se demuestre la absoluta necesidad o evidente beneficio para el menor, y se cuente con la autorización del juez competente. Cuando el juez conceda esta autorización, deberá tomar las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó y el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor. El precio de la venta será depositado en una institución de crédito y quien ejerce la patria potestad requerirá de orden judicial para disponer de él.

Por otra parte, tenemos otras limitaciones en el derecho de administrar los bienes del menor; los que ejercen la patria potestad, no podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; no podrán vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta; tampoco podrá hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos (artículos 436 y 437 C.C).

Por último, tenemos que, los que ejercen la administración de los bienes del menor en el ejercicio de la patria potestad, están obligados a rendir cuentas de la misma, y a reparar los daños que causen al menor sujeto a ella, como consecuencia de su mala administración y actos contrarios a la conservación de su patrimonio. Cualquier persona interesada o el propio menor si ya tiene catorce años, podrá recurrir al juez competente para que éste impida que se disminuyan o se derrochen los bienes de su patrimonio. Los bienes y frutos que pertenezcan al menor, le serán entregados cuando se emancipe por efecto del matrimonio, o cuando alcance la mayoría de edad.

En cuanto al usufructo de los bienes del menor, obtenidos por cualquier causa que no sea por el trabajo de éste, como ya vimos, pertenece la mitad al menor y la otra mitad a los que ejercen la patria potestad sobre él. Las rentas que produzcan estos bienes, antes de iniciarse la patria potestad, pertenecerán al menor. Los alimentos a que están obligados a proporcionar los que ejercen la patria potestad, pueden ser deducidos del importe de dicho usufructo.

Este usufructo impone las mismas obligaciones a los que ejercen la patria potestad, que las que tienen los usufructuarios por cualquier otro título, es decir, realizar un inventario y avalúo de los bienes antes de entrar al disfrute de los mismos, no alterar su forma ni sustancia, usarlos para el objeto al que están destinados, etc; la excepción aquí, consiste en que no es necesario otorgar una fianza, ya que se presume que los padres o abuelos actuarán en interés de los menores.

Sin embargo, esta obligación de dar fianza les es impuesta a los que ejercen la patria potestad, en los siguientes casos:

- 1) Cuando han sido declarados en quiebra o estén concursados;
- 2) Cuando contraigan nuevas nupcias y;

3) Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos (art.434 C.C.).

Este derecho al usufructo, se extingue junto con la terminación del ejercicio de la patria potestad, o por renuncia de los que la ejercen; en este caso, la renuncia debe ser por escrito, o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda.

3.4 Influencia de la Iglesia.

Como todos sabemos, el Derecho está íntimamente relacionado con la moral y la religión, y esta vinculación entre el Derecho y la moral, se produce debido a que ambos tienen en común a la naturaleza humana. Tanto la moral como el Derecho, regulan todas las actividades más íntimas del ser humano desde la concepción del ser, hasta su muerte, pasando por el matrimonio, la paternidad, la patria potestad, etc.

El Derecho de familia es el que regula este tipo de relaciones humanas, y es por ello que es la rama del Derecho más relacionada con los actos religiosos. Se dice que el Estado busca y pretende lograr el bien común de los ciudadanos; es por ello que la ley debe ir acorde a las creencias religiosas que tengan los ciudadanos, para lograr la armonía en la sociedad y alcanzar el bien común.

"En el Derecho de familia, es donde la moral se toma en cuenta y se aceptan sus íntimas consecuencias; el precepto moral se acepta y se le convierte en jurídico". (5)

(5) MANUEL F. CHAVEZ ASENCIO: La familia en el Derecho, "Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares". Editorial Porrúa, México, 1990, pág. 105.

Tenemos pues, un gran número de conductas relacionadas con la moral, que están contempladas y reguladas por la ley; en primer lugar, podemos mencionar el precepto contenido en el artículo 411 del Código Civil: "Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes"; que como ya mencionábamos anteriormente, acoge en su contenido al cuarto mandamiento de la religión católica: "Honrarás a tu padre y a tu madre". Por otra parte, tenemos también que algunas de las causales de divorcio que contempla la ley, como son la propuesta del marido para prostituír a su mujer; los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción (artículo 267 fracciones III y V C.C.); son disposiciones que están estrechamente relacionadas con los principios morales de las personas.

También encontramos principios morales en la filiación que es regulada por nuestro Derecho; así es el caso de que se consideran hijos de matrimonio, aquellos que fueron concebidos durante la duración de éste, teniendo como fundamento la fidelidad de la esposa. El Derecho no promueve las relaciones ilegítimas, como es el caso del concubinato; sin embargo, regula sus consecuencias

para protección de los hijos producto de esas relaciones. La patria potestad no distingue en su ejercicio a los hijos nacidos dentro del matrimonio, de los nacidos fuera de él. En cuanto a la pérdida del ejercicio de la patria potestad: "Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal" (art.444 fracción III C.C.). Aquí observamos, como el Derecho protege la moralidad de la persona de los hijos y sanciona a los padres que atenten en contra de dicha moral, privándolos del ejercicio de la patria potestad sobre el menor.

Por todo lo anteriormente expuesto, es obvio que no se puede negar la ingerencia de la religión y la moral en nuestro sistema de Derecho.

3.5 Modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

El artículo 443 del Código Civil nos señala las causas por las que se acaba la patria potestad: "1) Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; 2) Con la emancipación derivada del matrimonio; y 3) Por la mayor edad del hijo".

Por otra parte, el artículo 444 del mismo ordenamiento legal establece, en que casos se pierde el ejercicio de la patria potestad y son tres: 1) Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; 2) En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 del Código Civil: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos..."; 3) Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; y 4) Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen

abandonados por más de seis meses. Aquí cabe explicar qué se entiende por exposición de los hijos, ya que la exposición y el abandono, no son lo mismo. La exposición es una de las formas típicas de abandono, consistente en dejar al niño en la puerta de una casa, de una iglesia, etc, y el abandono puede existir aunque no medie exposición.

Finalmente, existen algunos casos en que la patria potestad no se extingue en forma definitiva, sino únicamente se suspende temporalmente: 1) Por incapacidad declarada judicialmente; 2) Por la ausencia declarada en forma; y 3) Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión (art.447 C.C.).

Debemos tomar en cuenta que esta pérdida temporal del ejercicio de la patria potestad, puede recuperarse: 1º Cuando termine el estado de incapacidad, declarado judicialmente por nueva sentencia. En este caso, si el ascendiente recupera su capacidad, puede recuperar también el ejercicio de la patria potestad. 2º En el caso de ausencia, si el ascendiente no se ausentó por voluntad propia y regresa también tiene derecho a recuperarla. 3º Por último, en lo relativo a la sentencia condenatoria que imponga esta suspensión, se estima que dicha sentencia no es producto de una causa tan grave, como la que establece la fracción I del artículo 444, pues de

lo contrario, no condenaría a la suspensión, sino a la extinción absoluta del ejercicio de la patria potestad, y esta fracción III del artículo 447 quedaría obsoleta.

CAPITULO 4

4. Efectos de la pérdida de la Patria Potestad

4.1 Finalidad de esta Institución.

Como ya hemos visto en los capítulos anteriores, la institución denominada patria potestad, fue creada con el propósito de asistir y proteger a los hijos menores de edad, que como es sabido, no pueden bastarse a sí mismos como consecuencia de la incapacidad derivada de su corta edad.

Esta protección y asistencia, consistente desde el suministro de alimentos, la educación, la guarda y custodia, la salud, la seguridad, hasta las costumbres y creencias que se les transmitan a los menores, es una actividad que por su naturaleza, debe corresponder a los progenitores, ya que ellos son los más indicados para proporcionarles dichas prestaciones.

De hecho, en la actualidad, nuestro Derecho así lo establece en la ley; tenemos así, que el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, debe ser ejercida en primer término por el padre y por la madre.

Resumiendo, tenemos que, la patria potestad es una facultad otorgada por la ley a los padres, para que éstos velen por la integridad y el desarrollo de sus hijos; y esto se logra en la

práctica, cuando se trata de padres responsables que han establecido una familia sólida y que les brindan a sus hijos todo su amor y comprensión. Ahora, la pregunta que surge aquí, es qué pasa cuando se trata de padres inconscientes que traen al mundo hijos, no por amor, sino como consecuencia de su irresponsabilidad e inmadurez; obviamente, estas personas no podrán cumplir con los fines de la patria potestad, pero no por ello hay que facilitarles el que se puedan desligar de esta responsabilidad, sino encausarlos a que la cumplan. Lo anterior lo menciono haciendo hincapié en el tema en que estoy basando mi trabajo, es decir, yo no estoy de acuerdo con la facultad que otorga el artículo 448 del ya citado código, para excusarse del ejercicio de la patria potestad a las personas que tengan sesenta años cumplidos. Aquí quiero especificar que no estoy de acuerdo con esta disposición, pero sólo tratándose de los padres, es decir, cuando se trate de los abuelos, ya sea paternos o maternos, o en el caso de los tutores, sí apoyo esta disposición; esto es, primero, considero que los padres tienen la responsabilidad de apoyar y cuidar a sus hijos, siempre y en todo momento, cuando tengan posibilidades de llevarlo a cabo; luego entonces, me parece lógico que si una persona de sesenta años o más puede engendrar un hijo, tendrá la capacidad también para

cumplir con los fines de la paternidad, que como ya vimos también, no sólo atañen a la persona del menor, sino a toda la sociedad y al mismo Estado.

Sin embargo, considero que esta disposición si es acertada en el caso de que los que ejerzan la patria potestad; sean los abuelos o tutores, ya que ellos realizan una noble labor al afrontar una responsabilidad que no es directamente suya, y si se encuentran enfermos o son de edad muy avanzada, tienen todo el derecho de excusarse de esta obligación.

4.2 Protección de los menores.

Como consecuencia de la cesación del ejercicio de la patria potestad sobre el menor, por haberse excusado de dicho ejercicio la persona que lo llevaba a cabo, será necesario que inmediatamente se nombre a la persona indicada para reemplazarlo; como ya sabemos, la ley establece que cuando alguno de los padres deja de ejercer la patria potestad, el otro entrará a ejercerla. A falta de padres, la ejercerán los abuelos paternos en primer término, y a falta de éstos, lo harán los abuelos maternos; esto cuando se trate de hijos de matrimonio; en el caso de hijos nacidos fuera de matrimonio que hayan sido reconocidos, cuando faltan los padres, ejercerán la patria potestad los abuelos paternos o maternos, en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso. En el caso del fallecimiento de la última persona en quien pudiera recaer la patria potestad sobre el menor, es decir, padres y abuelos, entrará la institución de la tutela a sustituir éste ejercicio. La tutela es supletoria a la patria potestad, para cuidar, proteger y amparar al menor que estaba sujeto a ésta.

Al igual que la patria potestad, la tutela comprende una serie de deberes, derechos y obligaciones, cuya finalidad es la guarda y cuidado de la persona del menor y de sus bienes y su representación legal.

La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por una causa legítima (artículo 452 del Código Civil).

Existe una similitud entre la patria potestad y la tutela, debido a su finalidad; sin embargo, existen diferencias consistentes en el origen, los límites, el afecto, etc, es decir, primeramente tenemos que la patria potestad surge del vínculo natural de la consanguinidad o de la adopción; en cambio, la tutela se origina por el Derecho positivo. 2º En la patria potestad la relación jurídica que se genera, es de parentesco, que significa una situación dentro de la familia y la relación jurídica en la tutela, es generada por la ley. 3º La ley otorga más libertad a quienes ejercen la patria potestad, suponiendo que en dicha relación paterno-filial, existen lazos de afecto y cariño mayores a los que se deriven de la tutela, ya que ahí rige más la solidaridad humana; por ello, la ley vigila con más severidad el

desempeño de las funciones del tutor. 4º La patria potestad es una institución principal, en cuanto que la tutela es subsidiaria, es decir, la segunda suple a la primera.

Tenemos también que la institución de la tutela, es un cargo remunerado y el tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del menor; también está obligado a prestar una caución consistente en fianza, en hipoteca o prenda, para asegurar su manejo; esto a diferencia de lo que ocurre en la patria potestad, donde no se exige esta garantía, salvo las excepciones que ya conocemos. Asimismo, los menores sujetos a tutela tendrán un curador, cuyas funciones consisten en sustentar los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor, y fiscalizar, vigilar y cuidar de la adecuada administración del tutor. El curador está obligado a poner en conocimiento del juez todo aquello que puede ser dañoso al incapacitado.

En resumen, la figura de la tutela es amplísima, por lo que tratar de estudiarla a fondo, sería objeto de otro trabajo de tesis; sin embargo, me pareció indispensable mencionarla brevemente, para que podamos observar la importancia que tiene el proveer de protección y cuidado a los menores que quedan desamparados,

como consecuencia de la cesación de la patria potestad, y como podemos ver, el Estado se preocupa enorme y constantemente por esta situación y por ello crea instituciones como la tutela.

4.3 Repercusiones psicológicas sobre los menores.

Es de suponerse que uno de los efectos más importantes de la pérdida de la patria potestad, es el que atañe a la persona del menor, pero no solo en lo referente a su cuidado y protección externa, sino también en lo concerniente a su salud mental.

Durante la infancia, los niños necesitan de la ayuda de sus padres para resolver problemas y conflictos personales; hacer elecciones y tomar decisiones, ya que carecen de la experiencia y sabiduría que poseen éstos. El niño requiere de una ayuda afectuosa que lo auxilie a estructurar su conducta de acuerdo con situaciones, condiciones y reglamentos que son desconocidos para él. Como es de notarse, el menor requiere de un apoyo y guía especial, cuando se enfrenta a complejidades superiores a sus capacidades. "Es obvio que el niño debe sentirse razonablemente seguro en las relaciones con sus padres, antes de que pueda lanzarse al mundo que lo espera fuera del hogar". (6)

El niño necesita, además, la certeza de que sus padres estarán siempre cerca de él y dispuestos a apoyarlo cuando los necesite. De todo esto, se desprende una serie de graves consecuencias, cuando el menor no cuenta con esta ayuda por parte de sus padres.

(6) NORMAN CAMERON: Desarrollo y psicopatología de la personalidad. Editorial Trillas, México, 1990, pág. 103.

La psicología nos dice, que el niño comienza a formar su personalidad desde que se encuentra en el vientre materno. "Gracias a una interacción continua con otros seres humanos, todo niño termina por sentir, pensar y actuar de modo fundamentalmente igual a como los demás sienten, piensan y actúan". (7)

Por ello, surge la necesidad de que los padres lleven una conducta adecuada que sirva de ejemplo a sus hijos.

La pérdida de la protección de uno o ambos padres, puede traer al niño diversos desórdenes mentales; estos desórdenes se producen en forma muy variada, dependiendo de las condiciones específicas de cada caso, es decir: dependerá de la edad que tengan los menores cuando se ausenten sus padres, etc; sin embargo, podemos mencionar en términos generales en qué consisten estos trastornos: 1) Desórdenes del carácter. Estos incluyen todas las perturbaciones de los rasgos y de los patrones de la personalidad. Dentro de éstos tenemos: a) El carácter compulsivo, que consiste en una ansiedad severa, provocada por la amenaza de que interfieran en la realización de sus tendencias pronunciadas e insistentes. b) El carácter histérico, que se produce cuando las manifestaciones histriónicas, narcisistas y exhibicionistas continúan en la edad

(7) NORMAN CAMERON, ob.cit., pág. 44.

adulta, casi iguales que durante la niñez, y cuando las críticas o las interferencias provocan en la persona afectada enojo, resentimiento o autodepreciación inmoderados.

c) Personalidad paranoica: ésta tiene su origen en la falta de confianza básica; el paranoico se muestra sensitivo a toda señal de hostilidad, de desprecio, de crítica o de acusación en las actitudes de otras personas. Debido a esta falta de confianza básica respecto a los otros, el paranoico necesita vigilar, para salvaguardarse contra engaños y ataques súbitos. d) Personalidad ciclótmica (maniaco-depresiva); ésta tiene como base la presencia en ciertas personas, de una fluctuación del humor, obviamente sin un correlativo externo que justifique dichas fluctuaciones.

También se basa en que, en algunas personas persiste sin fluctuaciones, un humor eufórico o deprimido. e) Personalidad esquizoide: ésta también tiene su origen en una falta de confianza básica. A menudo se les describe como personas calladas, tímidas, sumamente sensibles a las críticas y los rechazos de los demás; que rehuyen el tener relaciones interpersonales con otros y que, al mismo tiempo, se sienten solitarios y ajenos a las cosas.

2) Tenemos también las personalidades inadecuadas e inestables.

En resumen, estos desórdenes pueden ser de muy diversas clases, por lo que sería muy difícil definir a cada uno de ellos; sin embargo, en términos generales, podemos mencionar entre ellos las reacciones fóbicas, las reacciones de ansiedad, las desviaciones sexuales y las adicciones al alcohol y a las drogas, entre otras. (8).

Como podemos observar, toda esta clase de daños, muchos de ellos irreversibles, son la consecuencia de la falta de atención y el abandono de los menores por parte de sus padres.

(8) NORMAN CAMERON, ob.cit., págs.617-627.

4.4 Equiparación al delito de abandono de personas.

En este capítulo, he querido hacer referencia al delito de abandono de personas, para que podamos observar como el Derecho Penal también vigila la conducta de los ascendientes o tutores, respecto de la custodia de los menores que tienen a su cargo.

Así pues, tenemos que éste ordenamiento legal, en su artículo 335 establece: "Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido". Así pues, me referiré exclusivamente al niño incapaz, ya que ese es mi tema de estudio.

Porte Petit considera que el abandono, conducta descrita en la norma, consiste en "privar a los sujetos pasivos aludidos por la ley, de los cuidados que se tiene obligación de impartirles, ya se deriven de la ley o de situaciones de hecho, colocándolos en una situación de peligro en contra de su salud o de su vida".

Al respecto, Bernardino Alimena opina que el abandono de personas incapaces, consiste en la interrupción material de la relación de custodia, lo que debe ocurrir antes de que haya surgido una nueva relación de tal índole, por parte de otra persona.

Por otra parte, nos encontramos con que nuestra legislación penal no establece la edad que debe de tener el niño, al que se considera incapaz de cuidarse a sí mismo, sino que hace referencia al estado de incapacidad en que el menor se encuentra para cuidar de sí mismo, aludiendo esto a circunstancias personales, que impidan al menor estar posibilitado para evadir el peligro que le ocasione el estado de abandono a que se le someta.

CAPITULO 5

5. La legislación mexicana, comparada con legislaciones extranjeras

5.1 Código Civil Francés.

En el capítulo segundo de este trabajo, analicé el concepto de patria potestad en diversos países; sin embargo, fué un estudio de los orígenes de esta Institución. Ahora pretendo, en este capítulo, realizar un estudio comparativo de diversas legislaciones, con las reformas y modificaciones que han sufrido hasta la época actual.

Comenzaré por el Código Civil Francés. El Título IX de dicho Código nombrado "Del poder paternal" que abarca del artículo 371 al 387, comprende en su articulado una serie de derechos y deberes conferidos tanto a los progenitores como al hijo, entre los que se encuentran el deber que tiene el hijo, a cualquier edad, de honrar y respetar a su padre y madre. Por otra parte, aquel artículo que señala que el hijo queda bajo la autoridad paterna hasta su mayoría de edad o emancipación; así como el que establece que el hijo no puede salir de la casa paternal sin el permiso del padre, al menos que sea por enrolarse voluntariamente en el ejército, después de los dieciocho años cumplidos. Artículos como éstos, están incluidos en legislaciones de diversos países y plasmados casi con las mismas palabras, como sucede en la legislación de Guatemala, de México y muchos más.

Sin embargo, existen también disposiciones muy específicas de cada país, como la señalada en el artículo 373 del código citado, que expresa que el padre sólo ejerce la autoridad paternal durante el matrimonio.

También se señala, que cuando el padre tenga motivos de descontento muy graves sobre la conducta de un hijo, si éste es menor de dieciseis años, el padre le podrá hacer detener por un tiempo que no podrá pasar de un mes y a ese efecto, el Presidente del Tribunal del Distrito, deberá girar la orden de arresto.

Después de los dieciseis años y hasta la mayoría o la emancipación, el padre solamente podrá requerir la detención de su hijo, durante un máximo de seis meses.

Por su parte, la madre sobreviviente y no vuelta a casar, no podrá hacer detener a su hijo, mas que con el concurso de los dos parientes paternos más cercanos y por vía de requisición conforme al artículo 377.

Por otra parte, el padre durante el matrimonio y aún después de la disolución de éste, el padre sobreviviente, tiene el goce y posesión de los bienes de los hijos hasta la edad de los dieciocho años cumplidos o hasta la emancipación, que podrá tener lugar antes de esa edad.

Las cargas de esa posesión o goce serán:

- 1) Aquellas del usufructuario;
- 2) Alimentos, entretenimiento y educación de los hijos según su fortuna;
- 3) El pago de los agregados e intereses del capital;
- 4) Gastos funerarios y de enfermedad terminal.

Este goce y posesión de los bienes, no se extiende a los que los hijos adquieran por medio del trabajo, ni a aquellos que sean donados o legados bajo la condición expresa de que los padres no tengan uso de ellos.

Respecto al Título X del citado código, la sección primera de dicho Título se refiere a la tutela del padre y de la madre.

Aquí se establece que durante el matrimonio, el padre es administrador de los bienes personales de los hijos menores.

Después de la disolución del matrimonio, por muerte natural o civil de un cónyuge, la tutela de los hijos menores y no emancipados, pertenece de pleno derecho al sobreviviente.

Sin embargo, el padre podrá nombrar a la madre sobreviviente un Consejo especial, sin la autorización del cual, no podrá realizar ningún acto relativo a la tutela. Si el padre especifica los actos para los cuales nombró al Consejo, la madre podrá realizar los demás, sin su asistencia.

Ese nombramiento no podrá ser hecho, sino de la siguiente manera:

- 1) Por un acto de última voluntad;
- 2) Por declaración hecha ante un juez de paz, asistido por su secretario, o bien, ante notario.

Si después del deceso del marido, la mujer está embarazada, será nombrado un "curador al vientre" por el Consejo de Familia.

Al nacimiento del hijo, la madre se convertirá en tutora, y el curador se convertirá en tutor subrogado.

La madre no está obligada a aceptar la tutela; sin embargo, en el caso de que la rehusara, deberá de realizar todos los deberes hasta que se nombre a otro tutor. (Como podemos ver, éste es el único caso en que se plantea que la madre pueda rehusarse a ejercer este cargo.)

Si la madre tutora se vuelve a casar, ella deberá, antes del acto de matrimonio, convocar al Consejo de Familia, el cual decidirá si continúa como tutora.

A falta de aquella convocatoria, ella perderá la tutela de pleno derecho, y su nuevo marido será solidariamente responsable de todas las consecuencias de la tutela que haya conservado indebidamente.

Cuando el Consejo de Familia, debidamente convocado, haya otorgado la continuación de la tutela, se nombrará cotutor al segundo marido, quien será solidariamente responsable de la gestión de la tutela posterior a su matrimonio.

5.2 Código Civil de la República de Guatemala.

En Guatemala, nos encontramos con que la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho, y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso. Los hijos mayores de edad, permanecerán bajo la patria potestad, solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción.

Por otra parte, entre las obligaciones que tienen ambos padres, se encuentra la que establece que el padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio; educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina y serán responsables conforme a las leyes penales, si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad.

Aquí me gustaría mencionar lo importante que me parece el hecho, de que esta legislación contemple un abandono de tipo moral, porque como ya lo mencionaba yo en un capítulo anterior, el abandono que realicen los padres respecto de la persona de los hijos, les va a acarrear a estos últimos una serie de repercusiones de todo tipo, no sólo en cuanto a lo material y a su salud física, sino también en cuanto a su salud mental y espiritual.

En cuanto a la representación del menor, la patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado, en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios, atendiendo a su edad y condición.

Cuando la patria potestad sea ejercida conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio o la unión de hecho, la representación del menor o incapacitado y la administración de los bienes, la tendrá el padre.

Siempre que haya pugna de derechos e intereses entre el padre y la madre, en ejercicio de la patria potestad, la autoridad judicial respectiva, debe resolver lo que más convenga al bienestar del hijo.

Como dije anteriormente, existen artículos que son muy similares en las distintas legislaciones, así como el artículo 260 del Código Civil de Guatemala que señala: "Los hijos menores de edad deben vivir con sus padres, o con el padre o la madre que los tenga a su cargo; no pueden sin permiso de ellos dejar la casa paterna o materna o aquella en que sus padres los han puesto; debiendo en todos los casos ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública, para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores".

Esta legislación también considera que el interés de los hijos es predominante y al respecto establece que cuando la conducta de los padres sea perjudicial al hijo y se demande la suspensión o pérdida de la patria potestad, debe el juez adoptar las providencias urgentes que exija el interés y conveniencia del menor y puede disponer también, mientras resuelve en definitiva, que salga de la casa de sus padres y quede al cuidado del pariente más próximo, o de otra persona de reconocida honorabilidad, o si fuere posible, de un centro educativo.

El artículo 269 de este ordenamiento legal establece lo siguiente: "Si el que ejerce la patria potestad disipa los bienes de los hijos, o por su mala administración, se disminuyen o deprecian, será separado de ella, a solicitud de los ascendientes del menor, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad, o del Ministerio Público."

Por último, analizaré lo que se refiere a la pérdida y suspensión de la patria potestad en este país.

Tenemos que el artículo 273 de este código señala: "La patria potestad se suspende: 1º Por ausencia del que la ejerce, declarada judicialmente; 2º Por interdicción, declarada en la misma forma; 3º Por ebriedad consuetudinaria; y 4º Por tener el hábito del juego o por el uso indebido y constante de drogas estupefacientes".

Asimismo, el artículo 274 establece: "La patria potestad se pierde: 1º Por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares; 2º Por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores; 3º Por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos; 4º Por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto o abandonado; y 5º Por haber sido condenado dos o más veces por delitos del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito.

También se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona".

Sin embargo, el que haya sido suspendido en el ejercicio de la patria potestad o la hubiere perdido, no quedará exonerado de las obligaciones hacia sus hijos.

También existe la posibilidad del restablecimiento en el ejercicio de la patria potestad, a petición de parte y en los casos que señala la ley, que son básicamente cuando desaparezca la causa de suspensión. Pero como podemos observar, esta legislación no contempla la posibilidad de excusarse del ejercicio de la patria potestad.

5.3 Código Civil de la República de Chile.

Este ordenamiento contempla la figura de la patria potestad, del artículo 240 al 263 y en ellos plasma desde el concepto de patria potestad, hasta los derechos y deberes que tienen las partes, hasta la suspensión de dicha figura.

Es así como el artículo 240 nos dice que, la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley da al padre o madre legítimos, sobre los bienes de sus hijos no emancipados.

La patria potestad se ejercerá también, respecto de los derechos eventuales del hijo que está en el vientre y que, si naciere vivo, se presumiría legítimo.

Los hijos no emancipados, se llaman hijos de familia y el padre o la madre, en su caso, con relación a ellos, padre o madre de familia.

En defecto del padre, estos derechos pertenecerán a la madre, a menos que esté privada del cuidado personal del hijo, por su mala conducta.

Aquí podemos observar, que dentro de este rubro se está haciendo mención del hijo que está en el vientre; regularmente, otras legislaciones solo se refieren a él, en cuanto a las pruebas de la

paternidad y la maternidad o la filiación; sin embargo, aquí se le está tomando en cuenta para establecer quién ejercerá la patria potestad, respecto de los derechos que pueda tener en tanto nace. Por otra parte, el artículo 242 del citado código, establece que, la patria potestad no se extiende al hijo que ejerce un empleo o cargo público, en los actos que ejecuta en razón de su empleo o cargo. Los empleados públicos menores de edad, son considerados como mayores en lo concerniente a sus empleos.

Respecto de los efectos de la patria potestad sobre los bienes del menor, su regulación es muy similar a la de nuestro país, por lo que no considero necesario analizarla; sin embargo, sí considero de gran importancia, enunciar las causas por las que se suspende la patria potestad.

El artículo 262 nos dice que: la patria potestad se suspende por la prolongada demencia del padre, por su menor edad, por estar el padre en entredicho de administrar sus propios bienes, y por larga ausencia del padre, de la cual se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, al que el padre ausente no provee.

En estos casos, la patria potestad la ejercerá la madre, respecto de quien se suspenderá por las mismas causales.

Por otra parte, el artículo 263 señala que la suspensión de la patria potestad, deberá ser decretada por el juez con conocimiento de causa, y después de oídos sobre ello los parientes del hijo y el defensor de menores; salvo que se trate de la menor edad del padre o de la madre, en cuyo caso la suspensión se producirá de pleno derecho.

Finalmente, podemos observar que en esta legislación, tampoco se contempla la excusa en el ejercicio de la patria potestad.

5.4 Código Civil Español.

Por lo que respecta a este código, el Título Séptimo es el concerniente a las relaciones paterno-filiales y específicamente, dentro del Capítulo IV se regula la extinción de la patria potestad.

Así, tenemos que el artículo 169 señala:

La patria potestad se acaba:

1º Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo.

2º Por la emancipación.

3º Por la adopción del hijo.

Por otra parte, este ordenamiento establece 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.

Los tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.

Finalmente, este código contempla la figura de la patria potestad prorrogada y lo plasma de la siguiente manera:

"La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la ley, al llegar aquellos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere 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".(art.171).

Y también se señalan las causas por las que esta patria potestad prorrogada terminará, que son:

1º Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.

2º Por la adopción del hijo.

3º Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.

4º Por haber contraído matrimonio el incapacitado.

Si al cesar la patria potestad prorrogada, subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela.

Podemos observar cómo la legislación española no contempla la excusa del ejercicio de la patria potestad, sino que por el contrario, considera una prórroga de la patria potestad, para aquellos hijos que aún alcanzando la mayoría de edad, siguen incapacitados.

5.5 Código Civil Italiano.

Nos encontramos en esta legislación con una serie de disposiciones muy similares a las de los otros países estudiados y especialmente a nuestra propia legislación.

Tenemos así, en primer término, el deber que tiene el hijo de respetar a sus padres y de contribuir, en relación a sus propios bienes y sus propios ingresos al mantenimiento de la familia mientras conviva con ella.

Este código establece de igual manera que los anteriormente citados, que el hijo está sujeto a la potestad de los progenitores hasta la mayoría de edad o hasta la emancipación. La potestad es ejercida de común acuerdo por ambos padres. Cuando se da el caso de diferencias sobre cuestiones de particular importancia, cada uno de los padres puede recurrir de manera informal al juez indicando la disposición que considera más idónea. Si hay peligro grave para el hijo, el padre puede adoptar las medidas urgentes. El juez tras haber escuchado a los padres y al hijo, si éste tiene más de catorce años, sugiere la decisión que estime más útil en interés del hijo y de la unidad familiar. Si subsiste la diferencia, el juez asigna el poder de decidir al padre que, en ese caso, considere más idóneo para cuidar del interés del hijo.

También se establece que en el caso de ausencia, incapacidad u otro impedimento que imposibilite a uno de los padres el ejercicio de la potestad, ésta será ejercida de manera exclusiva por el otro. Al padre que ha reconocido al hijo natural incumbe la potestad sobre él.

Si el reconocimiento es hecho por ambos padres, el ejercicio de la potestad incumbe conjuntamente a ambos en caso de que estén conviviendo. Si los padres no conviven, el ejercicio de la potestad incumbe al padre con el cual convive el hijo o bien si no convive con alguno de ellos, al primero que ha hecho el reconocimiento. El juez, en interés del hijo, puede disponer lo contrario; puede también excluir del ejercicio de la potestad a ambos padres, procediendo a nombrar un tutor.

El padre que no ejerce la potestad tiene derecho de vigilar la instrucción, la educación y las condiciones de vida del hijo menor.

Como podemos observar, todas estas disposiciones están enfocadas primordialmente a velar por el bienestar y los intereses del menor, es decir, los intereses de los padres y demás ascendientes pasan a un segundo plano para conseguir así lo más adecuado para los menores.

Por otra parte, este código establece que el hijo no puede abandonar la casa de los padres o del padre que ejerce sobre él la potestad ni la morada asignada por ellos. En caso de que se ausente sin permiso, los padres pueden reclamarlo recurriendo, si es necesario, al juez tutelar.

En cuanto a la representación y administración de los hijos y sus bienes, tenemos que los progenitores conjuntamente, o aquel de ellos que ejerce de manera exclusiva la potestad, representan a los hijos nacidos y por nacer, en todos los actos civiles y administran los bienes de ellos. Los actos de administración ordinaria, excluyendo los contratos con los cuales se conceden o adquieren derechos personales de goce pueden ser realizados separadamente por cada padre. Los padres no pueden alienar, hipotecar o empeñar los bienes asignados al hijo por cualquier título, aún a causa de muerte, aceptar o renunciar a herencias o legados, aceptar donaciones, proceder a la separación de bienes comunales o realizar otros actos que sobrepasen la administración ordinaria, ni promover, transigir o comprometer en árbitros juicios relativos a tales actos si no es por necesidad o conveniencia evidente del hijo después de obtener autorización del juez tutelar.

Si surge conflicto de intereses patrimoniales entre hijos sujetos a la misma potestad, o entre éstos y los padres o aquél de éstos que ejerce de manera exclusiva la potestad, el juez tutelar nombra para los hijos un guardián especial. Si el conflicto surge entre los hijos y uno solo de los padres que ejercen la potestad, la representación de los hijos corresponde exclusivamente al otro padre.

En todos los casos en que los padres conjuntamente o aquél de ellos que ejerce de manera exclusiva la potestad, no puedan o no quieran cumplir con uno o más actos de interés para el hijo, que sobrepase la administración ordinaria, el juez a petición del mismo hijo, del ministerio público o de uno de los padres que tenga interés en el caso, y escuchados los padres, puede nombrar un guardián para el hijo autorizándolo a realizar tales actos.

Por otro lado, la ley les prohíbe a los padres que ejercen la potestad sobre los hijos, el poder, ni siquiera en subasta pública, ser adquirentes directamente o por interpósita persona de los bienes o los derechos del menor. Tampoco pueden llegar a ser cesionarios de alguna razón o crédito hacia el menor. Por lo que respecta al usufructo legal, los padres que ejercen la potestad tienen en común el usufructo de los bienes del hijo.

Los frutos percibidos se destinan al mantenimiento de la familia y a la instrucción y educación de los hijos.

No están sujetos a usufructo legal:

1) Los bienes adquiridos por el hijo con el producto de su propio trabajo;

2) Los bienes dejados o donados al hijo para emprender una carrera, un oficio o profesión;

3) Los bienes dejados o donados con la condición de que los padres no tengan el usufructo de ellos; la condición, no tiene efecto para los bienes correspondientes al hijo por título legítimo;

4) Los bienes correspondientes al hijo por herencia, legado o donación y aceptados en interés del hijo contra la voluntad de los padres que ejercen la potestad. Si uno de ellos favorece la aceptación, el usufructo legal le corresponde exclusivamente a él.

El usufructo legal no puede ser objeto de alienación, de empeño o de hipoteca ni de ejecución por parte de los acreedores.

La ejecución sobre los frutos de los bienes del hijo por parte de acreedores de los padres o de aquél de ellos que no es el titular exclusivo no puede tener lugar por adeudos que el acreedor sabía que eran contraídos para fines extraños a las necesidades de la familia.

El padre que ejerce de manera exclusiva la potestad, es el único titular del usufructo legal.

El padre que contrae nuevas nupcias conserva el usufructo legal, con la obligación de separar en favor del hijo, cuando resulte excedente respecto a los gastos para el mantenimiento, la instrucción y la educación de éste.

Terminado el usufructo legal, si el padre ha seguido disfrutando de los bienes del hijo que vive con él, sin autorización pero sin oposición, o bien con poder pero sin obligación de rendir cuentas de los frutos, él o sus herederos no están obligados más que a declarar los frutos existentes al momento de la demanda.

Respecto a la terminación de la potestad sobre los hijos, se establece que el juez puede declarar la caducidad de la potestad cuando el padre viola o descuida los deberes inherentes a él o abusa de los poderes relativos con grave perjuicio del hijo. En tal caso,

por graves motivos, el juez puede ordenar el alejamiento del hijo de la residencia familiar. De la misma manera, el juez puede reintegrar la potestad a los padres para los que ésta ha caducado cuando terminadas las razones por las que se declaró la caducidad, queda excluído todo peligro de perjuicio para el hijo.

Cuando la conducta de uno o ambos padres no da lugar a la declaración de caducidad anteriormente mencionada, pero sin embargo parece perjudicial al hijo, el juez, según las circunstancias, puede adoptar las medidas convenientes y también puede disponer el alejamiento de él de la residencia familiar. Tales medidas son revocables en cualquier momento.

Tenemos también que cuando el patrimonio del menor es mal administrado, el tribunal puede establecer las condiciones en las cuales los padres deben proceder en la administración y privarlos totalmente o en parte del usufructo legal. La administración se confía a un guardián si se ordena la remoción de ambos padres.

Este ordenamiento también contempla la readmisión en el ejercicio de la administración de la siguiente manera: El padre eliminado de la administración y eventualmente privado del usu-

fructo legal puede ser readmitido por el tribunal en el ejercicio de una y el goce del otro, cuando desaparezcan los motivos que provocaron la medida.

Por último, se establece que el juez tutelar debe vigilar el cumplimiento de las condiciones que el tribunal haya establecido para el ejercicio de la potestad y para la administración de los bienes.

Como mencioné con anterioridad, esta legislación es muy similar a la nuestra, ya que su enfoque inmediato es el bienestar de los hijos menores sujetos a la patria potestad; sin embargo, se puede observar que a diferencia de nuestro Código Civil, el ordenamiento italiano no contempla por ningún lado la excusa del ejercicio de la patria potestad.

5.6 Código Civil Mexicano.

Para finalizar este trabajo, me referiré a nuestro propio Código Civil vigente, el cual he citado a lo largo del capitulado.

Como mencioné al analizar las legislaciones de otros países, nuestro Código tiene gran similitud a los principios que ahí se plasman. En todas ellas, se busca principalmente el bienestar y la guarda y custodia de los menores incapaces de cuidarse a sí mismos, y también se establece que los seres idóneos para realizar tal labor, son los mismos progenitores.

Cada uno de los países estudiados busca la manera de facilitarles esta tarea a los padres, con el objeto de que la desempeñen lo mejor posible y como pudimos observar, ninguno de estos países contempla la posibilidad de que los padres puedan excusarse del ejercicio de la patria potestad.

Mi enfoque hacia las legislaciones extranjeras, fué únicamente hacia lo concerniente a la patria potestad; sin embargo, pude observar que algunos países contemplan esta excusa dentro de la figura de la tutela, es decir, algunos países permiten a las personas que tengan el cargo de tutor sobre algún menor o incapacitado, el rehusar o renunciar a este cargo, de la misma manera en que

nuestro Código lo permite en su artículo 511, referente a las excusas para el desempeño de la tutela; pero a diferencia del resto de los países en donde esta excusa es permitida a la edad de sesenta y cinco años y en algunos hasta los setenta años, en nuestro país se permite a los sesenta años.

De lo anteriormente expuesto, yo creo que está bien el hecho de que permitan a las personas que tienen el cargo de tutor sobre los menores, el poder eximirse de esta obligación cuando lleguen a una edad muy avanzada, debido a que a los tutores, en la mayoría de los casos, no los unen lazos tan íntimos a sus pupilos como los que unen a los padres con sus hijos; es por ello, que yo considero que esa relación tan estrecha entre padre e hijo, debe estar comprometida, para que toda la vida se cuiden recíprocamente.

Por otra parte, el artículo 448 de nuestro Código comprende en dos fracciones, los motivos por los cuales los que ejercen la patria potestad pueden excusarse:

- I. Cuando se tengan sesenta años cumplidos;
- II. Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño.

Respecto a la fracción segunda de este artículo, al mencionar el término "mal estado habitual de salud", el legislador no especificó a qué tipo de salud se refiere, por lo que puede interpretarse en sentido amplio, como salud física, salud mental e inclusive, los trastornos derivados de la senilidad; de manera que si nosotros lo interpretamos en este sentido, la fracción primera de este artículo quedaría contemplada en la segunda, ya que el legislador nos quiso dar a entender que lo que le motivó a excusar a las personas de sesenta años fué el hecho de que los consideraba seniles o enfermos para poder afrontar esa responsabilidad.

Concluyendo, yo considero que la fracción primera de este artículo es obsoleta, debido a que la única razón por la cual una persona de sesenta años podría eximirse de esta obligación, sería por su mal estado de salud, que lo imposibilitara a desempeñarla debidamente y siendo así, caería en el supuesto de la fracción segunda. En otras palabras, yo opino que mientras una persona se encuentre sana y en posibilidades de cuidar de sus hijos menores, no debe tomarse en cuenta su edad, para que continúe desarrollando esta noble labor.

CONCLUSIONES

Al llegar felizmente a la terminación de este trabajo, pude obtener las siguientes conclusiones:

En primer término, debo enunciar que desde la definición misma de patria potestad, se trata de hacer hincapié en que consiste en una serie de derechos y deberes que incumben primordialmente a los padres, derivados de los lazos naturales como son: la filiación, la consanguinidad, etc. y nadie mejor que dichos progenitores para desempeñar esta facultad y no por lo contrario, para rechazarla.

Por otra parte, opino que de la misma manera en que esta institución ha ido evolucionando a lo largo de la historia, como pudimos observar, que lo que primero se consideraba una potestad absoluta del padre sobre el hijo, en forma posterior, se convirtió en una institución dedicada principalmente al cuidado y educación del hijo. De igual forma, debería evolucionar en la época actual y sujetarse a todas las reformas que sean necesarias, para que esta figura alcance una vigencia acorde a las necesidades actuales; esto se puede apoyar a través de uno de los fines básicos del Estado, que consiste en alcanzar el bien común de los ciudadanos; como ejemplo tenemos que la ley regula la protección de los hijos nacidos fuera del matrimonio; de igual manera debe preocuparse

por la protección y el cuidado que presten los padres a sus propios hijos, ya que como vimos, el bienestar de una familia concierne no sólo a los integrantes de ésta, sino a toda la sociedad y por lo tanto, al propio Estado.

Para terminar, mi propuesta consiste en eliminar la fracción primera del artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal, cuyo contenido, que ya conocemos, consiste en excusar a las personas de sesenta años o más, del ejercicio de la patria potestad; basándome para ello en lo que expuse en el capítulo quinto de esta tesis, referente a que la fracción primera debe quedar incluida en la segunda, debido a que solo por tener un "mal estado habitual de salud" se toleraría esta excusa, ya que la edad de sesenta años, con pleno goce de facultades y salud, no me parece en lo más mínimo, una aceptable razón para no desempeñar esta importante labor.

BIBLIOGRAFIA

- Beccaria. Tratado de los delitos y de las penas. Editorial Porrúa, México, 1985.
- Bonecasse, Julien. Elementos de Derecho Civil. Editorial Porrúa. Tomo I. México, 1945.
- Broom, Leonard y Selznick, Philip. Sociología. Cecsá. México, 1984.
- Cameron, Norman. Desarrollo y psicopatología de la personalidad. Editorial Trillas. México, 1990.
- Castán Tobeñas, José. Relaciones paterno-filiales y tutelares. Madrid, 1955.
- Castán Vázquez, José María. La llamada patria potestad de hecho. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1978.
- Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Editorial Porrúa. México, 1990.
- Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Editorial Porrúa. México, 1987.
- Cicu, Antonio. El Derecho de Familia. Buenos Aires, 1947.
- Colón, Ambrosio y Capitant, Henry. Curso elemental de Derecho Civil. Editorial Reus. Madrid, 1952.
- Diccionario Enciclopédico Salvat. Tomo IX. México, 1983.

- Enciclopedia Jurídica Omeba. Patria Potestad.
Tomo XXI. Editorial Bibliográfica Argentina.
- Floris Margadant, Guillermo. Derecho romano.
Editorial Esfinge. México, 1981.
- Fustel de Coulanges. La Ciudad Antigua.
Editorial Porrúa. México, 1986.
- Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil.
Parte General. Personas. Familia.
Editorial Porrúa. México, 1987.
- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano.
Los delitos.
Editorial Porrúa. México, 1977.
- Gurpinkel de Wendy, Lilian Nora. Patria potestad.
Editorial Bibliográfica Argentina.
- Ibarrola, Antonio de. Derecho de Familia.
Editorial Porrúa. México, 1984.
- Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia.
Editorial Porrúa. México, 1990.
- Pavón Vasconcelos, Francisco y Vargas López, Gilberto.
Los delitos de peligro para la vida y la integridad corporal.
Editorial Porrúa. México, 1992.
- Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano.
Editorial Epoca. México, 1986.
- Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael de.
Diccionario de Derecho.
Editorial Porrúa. México, 1988.

- Planiol, Marcel y Ripert, George. Tratado práctico de Derecho Civil francés. Editorial Cultural, Cuba, 1946.
- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. Tomo I. Editorial Porrúa. México, 1988.
- Sánchez Medal, Ramón. Los grandes cambios en el Derecho de familia de México. Editorial Porrúa, México, 1979.

LEGISLACION MEXICANA

- Código Civil Mexicano de 1884.
- Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.
- Código Civil para el Distrito Federal.
Editorial Porrúa. México, 1992.
- Código Penal para el Distrito Federal.
Editorial Porrúa. México, 1992.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

LEGISLACION EXTRANJERA

- Código Civil Español.
- Código Civil de la República de Chile.
- Código Civil de la República de Guatemala.
- Código Civil Francés.
- Código Civil Italiano.