

879309



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

5
2y

Escuela de Derecho
Incorporada a la

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

CLAVE: 879309

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"REGIMEN JURIDICO PARA LA PATRIA POTESTAD
EN EL ESTADO DE GUANAJUATO"

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

MARIA MARTINA VICTORIA
BERMUDEZ GONZALEZ

CELAYA, GUANAJUATO

1992



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.

I N D I C E
REGIMEN JURIDICO DE LA PATRIA POTESTAD EN
EL ESTADO DE GUANAJUATO

PAG.

INTRODUCCION

CAPITULO I

LA CAPACIDAD E INCAPACIDAD DE LAS PERSONAS FISICAS

1.1 PERSONA	1
Etimología	
Concepto	
Persona moral y persona física	
1.2 PERSONA FISICA	4
1.3 PERSONALIDAD JURIDICA	6
1.4 ATRIBUTOS DE LA PERSONA FISICA	7
El nombre	
El domicilio	
El estado	
La capacidad	
El patrimonio	
1.5 LA CAPACIDAD	9
La capacidad de goce y la capacidad de ejercicio	
1.5.1 LA CAPACIDAD DE GOCE	10
1.5.2 LA CAPACIDAD DE EJERCICIO	12
1.6 LA INCAPACIDAD	14
1.6.1 LA INCAPACIDAD LEGAL	15
1.6.2 LA INCAPACIDAD NATURAL Y LEGAL.	16
1.7 LA INCAPACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS	17

	PAG.
1.8 LA REPRESENTACION	18
Concepto	
Clases de representación	
1.8.1 REPRESENTACION VOLUNTARIA O CONVENCIONAL (MANDATO)	19
Concepto	
1.8.2 LA REPRESENTACION DE PERSONAS CAPACES	21
1.8.3 LA REPRESENTACION DE LOS INCAPACES (MENORES DE EDAD NO ENANCIPADOS)	21
Concepto	
Organos de representación	

CAPITULO II

EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LA PERSONA DE LOS HIJOS

2.1 ANTECEDENTES HISTORICOS	23
2.2 CONCEPTO	28
2.3 CARACTERES	30
Es irrenunciable	
Es excusable	
Es imprescriptible	
Es temporal	
2.4 SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LA PATRIA POTESTAD	32
Hijos extramatrimoniales	
Hijos adoptivos	

CAPITULO III

EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LA PERSONA DEL HIJO

3.1 DERECHOS Y DEBERES INTEGRANTES DE LA PATRIA POTESTAD EN CUANTO A LA PERSONA DE LOS HIJOS	36
Guarda y vigilancia	
Corrección	
Educación	
Sostenimiento del hijo	
La representación	

CAPITULO IV

EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES DE LOS HIJOS

4.1 LA ADMINISTRACION LEGAL DE BIENES	45
Concepto	
4.2 CONTENIDO DE LA ADMINISTRACION LEGAL (TEORICO)	46
4.3 TITULARES DE LA ADMINISTRACION LEGAL	50
4.4 BIENES SOBRE LOS CUALES RECAE	52
4.5 FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION LEGAL	53
4.5.1 AUSENCIA DE ACTOS PRELIMINARES	53
4.5.2 FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION LEGAL	54
4.5.2.1 ACTOS QUE EL ADMINISTRADOR LEGAL PUEDE REALIZAR LIBREMENTE	55
El arrendamiento	
Enajenación de bienes muebles	
Procedimiento para la enajenación de bienes muebles	
4.5.2.2 ACTOS PROHIBIDOS	63
4.5.2.3 ACTOS QUE REQUIEREN UNA FORMALIDAD ESPECIAL	64
La enajenación o gravamen de bienes inmuebles	

	PAG.
4.6 TERMINO DE LA ADMINISTRACION LEGAL.	68
Cambio de administrador	
4.7 RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA ADMINISTRACION DE BIENES DEL MENOR	69
4.8 DERECHO DE USUFRUCTO LEGAL	70
Concepto	
4.8.1 NATURALEZA JURIDICA	71
4.8.2 CARACTERES	72
4.9 BIENES SOBRE LOS CUALES RECAE	73
4.10 ATRIBUCION DEL DERECHO DE USUFRUCTO LEGAL	75
4.11 PRERROGATIVAS Y CARGAS QUE IMPLICA EL DERECHO DE USU- FRUCTO LEGAL	77
4.12 EXTINCION DEL DERECHO DE USUFRUCTO LEGAL	79
 CAPITULO V	
DE LOS MODOS DE ACABARSE, PERDERSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD	
5.1 EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD	82
5.1.1 POR MUERTE DE QUIEN LA EJERCE	83
La muerte del hijo	
5.1.2 CON EL MATRIMONIO DEL SUJETO A ELLA	84
5.1.3 POR LA MAYOR EDAD DEL HIJO	84
5.2 PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD	85
5.2.1 CUANDO EL QUE LA EJERZA ES CONDENADO POR DELITO GRAVE	86
5.2.2 EN LOS CASOS DE DIVORCIO TENIENDO EN CUENTA LO ESTA-- BLECIDO POR EL CODIGO AL RESPECTO	87
5.2.3 CUANDO POR LAS COSTUMBRES DEPRAVADAS DE LOS PADRES,	

	PAG.
MALOS TRATAMIENTOS O ABANDONO DE SUS DEBERES PUDIERA COMPROMETERSE LA SALUD, SEGURIDAD O LA MORALIDAD DE LOS HIJOS, AUN CUANDO ESOS HECHOS NO CAYEREN BAJO LA SANCION DE LA LEY PENAL	89
5.2.4 POR EL ABANDONO QUE EL PADRE O LA MADRE HICIEREN DE SUS HIJOS, POR MAS DE SEIS MESES	91
5.2.5 PORQUE EL QUE LA EJERZA VIVA EN ESTADO DE CONCUBINATO, A MENOS QUE SE TRATE DE HIJOS NACIDOS EN EL CONCUBINATO	92
5.3 SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD	92
5.3.1 POR INCAPACIDAD DECLARADA JUDICIALMENTE	93
5.3.2 POR AUSENCIA DECLARADA EN FORMA	94
5.3.3 POR SENTENCIA CONDENATORIA QUE IMPONGA ESTA SUSPENSION	95
CONCLUSIONES	97
BIBLIOGRAFIA	101

INTRODUCCION

El estudio de la patria potestad como institución jurídica que regula nuestro Derecho Civil, desde nuestro punto de vista plantea interesantes aspectos, tanto doctrinarios como prácticos que revisten especial importancia por su repercusión en la familia a la cual constituye el núcleo de la sociedad.

En lo particular, nuestro interés se centra sobre todo en el aspecto patrimonial de la institución, pues si bien los lazos afectivos que unen a quienes ejercen la patria potestad con el menor presuponen la buena fé en la actuación de ambos, puede ser que dadas las circunstancias que plantea la sociedad actual se den situaciones que es preciso regular adecuadamente por nuestro sistema jurídico.

Se trata en el presente trabajo no tanto realizar un estudio exhaustivo sobre la naturaleza, extensión y efectos de la patria potestad tal y como aparece regulada actualmente en nuestro Código Civil, cuanto de exponer algunas reflexiones con el fin de destacar las interrogantes que el tema plantea, todo dentro de los límites de espacio que impone la realización de un trabajo como éste.

La metodología empleada en la elaboración de la tesis fué a través del estudio de la doctrina que hay sobre la materia en nuestro derecho; en el derecho comparado analizando instituciones iguales o semejantes, fundamentalmente en los dispositivos lega-

les contenidos en el derecho francés y español, así como en los ordenamientos jurídicos vigentes que rigen ésta materia en el Estado de Guanajuato y en el Distrito Federal.

Para dar un orden lógico a éste trabajo, se dividió en cinco capítulos y uno más de conclusiones. En el capítulo I, analizamos a la persona desde el punto de vista jurídico, su capacidad e in capacidad llegando así a la representación de los menores sujetos a patria potestad.

El concepto de la institución, sus titulares, finalidad y caracteres esenciales, el lector los puede encontrar explicados en el capítulo II.

Nuestro capítulo III trata las consecuencias jurídicas de la patria potestad en cuanto a la persona del menor.

Los efectos patrimoniales que ésta figura entraña son estudiados en el capítulo IV, el cual dividimos para su estudio en la administración legal de bienes y derecho de usufructo.

En el capítulo V explicamos las formas por las que la patria potestad podrá suspenderse, perderse o extinguirse.

Para finalizar tenemos un último apartado que hemos denominado de conclusiones.

CAPITULO I
LA CAPACIDAD E INCAPACIDAD
DE LAS PERSONAS FISICAS.

1.1 PERSONA.

La noción de capacidad de las personas se haya regida por la noción de persona. Por ello y para lograr una idea más exacta de lo que es la capacidad, resulta necesario abocarnos al estudio, aunque de manera muy general, de lo que se entiende por persona jurídica.

No puede concebirse una norma o institución jurídica sin un sujeto de derecho, en virtud de que la persona jurídica es el centro imprescindible alrededor del cual, se desenvuelven otros conceptos jurídicos fundamentales, como la noción y la existencia misma del derecho objetivo y del derecho subjetivo, la obligación, el deber jurídico y la concepción de toda relación jurídica. Todos éstos conceptos básicos en la dogmática y en la realidad del derecho, no podrían encontrar una adecuada ubicación en la sistemática jurídica, sino a través de la noción de persona.

Etimología. El concepto de persona jurídica, es el fruto de una lenta y fatigosa elaboración conceptual, en la que se refleja toda la historia de la dogmática y la experiencia jurídica. No obstante la etimología de dicho vocablo, ha sido claramente establecida. "Se ha corroborado ampliamente la percepción de Aulio Gellio de que la locución latina 'persona' deriva del síncope 'personare', 'reververar'. En todo caso entre los latinos el signifi

cado originario de persona fué el de máscara (larva histrionalis). 'Persona' designaba una careta que cubría la cara del actor cuando recitaba en la escena. El propósito de la máscara era hacer la voz del actor vibrante y sonora. Poco después 'persona' pasó a designar al propio actor enmascarado: al personaje. Este significado dramático de persona, penetró en la vida social. Por extensión metafórica se aplica a todas las partes que el hombre hace en la escena de la vida. Posteriormente trasciende al campo del derecho en donde persona conserva su significado paradigmático." (1)

Concepto. En la actualidad persona jurídica es un término altamente técnico, con el cual los juristas normalmente se refieren a una "entidad dotada de existencia jurídica, susceptible de ser titular de derechos, facultades, obligaciones y responsabilidades jurídicas." (2)

Para Ignacio Galindo Garfias, persona es "el sujeto de derechos y obligaciones." (3)

Prácticamente todos los teóricos del derecho coinciden en señalar que persona constituye un concepto jurídico fundamental.

(1) Diccionario Jurídico Mexicano. T. III. Edic. 1ª. Ed. Porrúa. México, 1985. p. 96.

(2) Diccionario Jurídico Mexicano. Ob. cit. p. 97.

(3) Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Edic. 7ª. Ed. Porrúa. México, 1985. p. 303.

Sin embargo, debemos hacer notar que su uso no se limita a la Teoría General del Derecho. La noción de persona es un concepto de la técnica jurídica, toda vez que aparece en el lenguaje de los juristas, jueces, abogados y en los textos de Derecho.

En el lenguaje jurídico "persona" y sujeto de derecho son dos expresiones idénticas, es decir, que el sujeto de derecho se designa con el término técnico de persona. En consecuencia, el individuo para actuar en el foro del Derecho adquiere la calidad de persona (sujeto de las relaciones jurídicas) para intervenir como sujeto de derechos y obligaciones en la medida en que los fines que se propone realizar merecen la tutela, protección y garantía del ordenamiento jurídico.

Persona Moral y Persona Física. La determinación de quienes son sujetos de derecho, no presenta problemas serios, porque tanto la doctrina como el derecho positivo distinguen dos clases de personas: las personas físicas, a las que alude nuestro Código Civil en su artículo 20; y las personas morales o colectivas que son "entidades (normalmente grupo de individuos) a los cuales el derecho considera como una sola entidad para que actúe como tal en la vida jurídica." Es el artículo 24 del ordenamiento legal antes referido el que enuncia quienes son personas morales. (4)

No obstante que ambas clases de personas son sujeto de derecho y con el mismo título sufren, en idénticas condiciones el reflejo

(4) Diccionario Jurídico Mexicano. Ob. cit. p. 99.

de las normas jurídicas, en el presente trabajo considerando su finalidad, nos referiremos exclusivamente a las personas físicas excluyendo de cualquier estudio a las personas morales o colectivas.

1.2 PERSONA FISICA.

"Son personas físicas los individuos de la especie humana..." dispone el artículo 20 de nuestro Código Civil.

En relación a lo preceptuado por éste dispositivo legal, es necesario precisar y aclarar que persona física no significa hombre, ser humano, por las razones que a continuación exponemos.

Si bien es cierto que "el vocablo persona en su acepción común denota al ser humano, es decir, tiene igual connotación que la palabra hombre, que significa individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo" (5) también lo es que con la voz persona, desde el punto de vista jurídico, se designa al sujeto de derechos y obligaciones, connotación técnica particular. La anómala identificación de persona con el ser humano (la cual existe con independencia del derecho) haría pensar que una persona jurídica existe o puede existir, con independencia del derecho, que no sería necesaria la intervención del derecho positivo. Este se limitaría a reconocer que todo ser humano tiene derechos y obligaciones; a éste respecto cabe señalar que éste no ha sido el caso.

(5) Galindo Garfias, I. Ob. cit. p. 301.

Reafirmamos que la persona jurídica no es el hombre, porque este no es una noción jurídica que exprese una función específica del derecho, es una noción biológica, fisiológica y psicológica, de éste punto de vista Kelsen expresa que "la persona jurídica individual no es el hombre como realidad biológica ni psicológica, sino que es una construcción jurídica de su conducta, en cuanto ésta constituye el contenido de la norma jurídica. Por tanto, no es el hombre total el que puede entrar en el contenido del precepto jurídico, sino solamente algunas de sus acciones y omisiones, es decir, determinados aspectos de su conducta, a saber: aquellos aspectos que están en directa relación con el ordenamiento jurídico." (6)

Amén de lo anterior podemos afirmar que indudablemente los seres humanos son los sujetos del derecho, pero en el sentido en que la norma jurídica se refiere a ellos en cuanto que regulan su conducta. Así, resulta que un individuo no es sujeto de derecho, solamente por el hecho de ser hombre, sino por ser hombre cuya conducta es regulada por la norma jurídica. Así, en la antigüedad el esclavo, o sea el hombre a quien el derecho no otorgaba derechos ni imponía deberes, no era considerado como persona jurídica.

Otra diferencia se deriva de los atributos que la ley confiere a la persona física, los cuales no son predicados propios o exclusivos de los seres humanos, ya que son propiedades que no se re-

(6) Cit. por Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. III. Edic. 6ª. Ed. Porrúa. México, 1983. p. 265.

fieren a algo biológicamente dado.

1.3 PERSONALIDAD JURIDICA.

Del concepto de persona, ciertamente se sigue el de personalidad jurídica.

La personalidad es "la aptitud para intervenir en ciertas y determinadas relaciones jurídicas." (7)

Con el término personalidad se indica la cualidad de la persona en virtud de la cual se le considera centro de imputación de normas jurídicas, significando que la persona puede válidamente colocarse en la situación u ocupar el puesto en una determinada relación jurídica.

Así, para que la persona física pueda tener una manifestación, una proyección en el mundo objetivo, el derecho le reconoce personalidad jurídica, y por ende, capacidad a través de la cual puede colocarse como sujeto activo o pasivo en la vida jurídica.

Si bien, la personalidad se encuentra íntimamente vinculada con el concepto de persona, no debe confundirse con ésta. La personalidad se atribuye al sujeto de la relación jurídica para establecer la medida de sus aptitudes en acción, se trata de un presupuesto normativo respecto de la persona referida al derecho; en

(7) Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Civil Español. T. V. Edic. 3ª. Ed. Pirámide. Madrid, 1976. p. 98.

tanto que la persona es el sujeto, el centro de la personalidad.

1.4 ATRIBUTOS DE LA PERSONA FISICA.

Las personas físicas llevan implícitas ciertas cualidades jurídicas que le son propias, esenciales y constantes, las cuales constituyen sus atributos.

"Por atributo de las personas se entiende algo que les es imprescindible y necesario y que todas ellas tienen mientras no desaparezcan, mientras vivan." (8)

Los atributos de la persona física son: el nombre, el domicilio, el estado, la capacidad y el patrimonio.

El nombre. "Es la forma obligatoria de la designación de una persona." (9)

Desde el punto de vista doctrinal es de distinguir dos elementos del nombre. El patronímico o apellido común a todos los miembros de una misma familia que se transmite por herencia e indica la filiación; y el nombre de pila, denominado de ésta forma por cognombre, pues en la antigüedad se otorgaba al niño en la Iglesia al momento de bautizarse y de ahí ésta denominación.

(8) Ortiz Urquidí, Raúl. Derecho Civil. Edic. 3ª. Ed. Porrúa. México, 1988. p. 251.

(9) Planiol, Marcel y Ripert, George. Tratado Elemental de Derecho Civil. T. I. Ed. Cárdenas. México, 1981. p. 178.

El domicilio. Se define como "el lugar en que una persona reside habitualmente con el propósito de radicarse en él." (10)

Existen dos clases de domicilio: el convencional, que conforme al artículo 35 de nuestra ley sustantiva civil, es aquel que una persona señala para el cumplimiento de determinadas obligaciones El legal, conceptuado por el artículo 31 de la ley antes referida, es el lugar donde la ley fija la residencia de una persona, aunque de hecho no esté ahí presente.

El Estado. "Es el conjunto de cualidades constitutivas que atribuyen a una persona a un determinado grupo familiar y dado el caso, precisan la posición de ésta en relación con la Nación." (11)
Esta figura comprende el Estado Civil, que es la relación que guarda una persona con el grupo familiar; y al Estado Político, que determina la situación del individuo respecto a la Nación.

La capacidad. Es el principal atributo de la persona física, más mo que por su importancia trataremos con la debida amplitud al estudiar la capacidad.

El patrimonio. "Es un conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de una valorización pecuniaria que constituye una universalidad de derecho." (12)

(10) Rojina Villegas, R. Ob. cit. p. 485.

(11) Ortiz Urquidi, R. Ob. cit. p. 354.

(12) Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas. Edic. 1ª. Ed. Mayo. México, 1981. p. 987.

1.5 LA CAPACIDAD.

La condición jurídica de una persona por virtud de la cual puede ser titular de derechos y ejercitarlos, contraer obligaciones, celebrar contratos y realizar actos jurídicos en general, es la capacidad. Es de ésta manera en que la noción de persona se encuentra vinculada con la capacidad.

Julien Bonnecase define la capacidad como "la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial, y para hacer valer por sí misma los derechos de que esta investida." (13)

Para Colin y Capitan la capacidad es "La aptitud para adquirir derechos y ejercitarlos." (14)

En nuestro concepto y apegados a las definiciones antes citadas, consideramos a la capacidad como el atributo o cualidad que poseen las personas para ser titulares de derechos y sujetos de obligaciones, que pueden ejercer por sí mismas o por conducto de representante.

La capacidad, concebida en éstos términos, es en suma, la expresión de la actividad jurídica íntegra de una persona. En la rea-

(13) Bonnecase, Julien. Elementos de Derecho Civil. Ed. Cárdenas. México, 1985. p. 443.

(14) Colin, Ambrosio y Capitan, Henry. Curso Elemental de Derecho Civil. T. II. Vol. I. Ed. Reus. Madrid, 1942. p. 108.

lidad, se descompone en dos nociones totalmente distintas, la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. El Código Civil, en forma tácita y la doctrina en general expresamente, han aceptado la división de la capacidad en dos grandes y fundamentales ramas: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

La capacidad no es sólo el principal atributo de la persona, sino también, es un elemento de validez del acto jurídico. Como atributo se identifica con la capacidad de goce, y como elemento de validez del acto jurídico corresponde a la capacidad de ejercicio.

1.5.1 LA CAPACIDAD DE GOCE.

Entendemos a la capacidad de goce como la aptitud o cualidad que poseen las personas o sujetos, para ser titulares de derechos y obligaciones determinadas.

Como vimos "atributo" es algo imprescindible y necesario en las personas, también manifestamos que la capacidad de goce es considerada como atributo de éstas, en consecuencia la aptitud o cualidad normativa para adquirir derechos y cumplir obligaciones (capacidad de goce) es elementos esencial en la concepción de persona, no hay quien carezca de ella, pues ello implicaría la negación de la misma; entonces de ésta manera -la capacidad jurídica se encuentra inseparablemente vinculada a la noción de per-

sona.

Sólo las personas tienen capacidad jurídica, dispone el artículo 21 de nuestra legislación civil local "la capacidad jurídica de las personas... se adquiere..." De ésta manera, mediante la capa cidad jurídica en el Derecho Moderno, todas las personas se en-
cuentran en la posibilidad de participar en la vida jurídica, son tenidas en cuenta por el Derecho, en cuanto puede ser sujeto de derechos y obligaciones.

Podemos afirmar, atentos a lo antes dicho, que la regla general es que todas las personas tienen reconocida capacidad de goce; sin embargo, ésta regla general puede sufrir excepciones, mismas que se han denominado incorrectamente incapacidades.

"El concepto de incapacidad se encuentra obscurecido por la pobreza del lenguaje jurídico. Cuando una persona es privada a título excepcional de un derecho y no puede disfrutar de una venta ja que corresponde a lo demás, se dice que está afectado por una incapacidad de goce. La expresión es inadecuada, porque si la pa labra incapacidad significa aquí privación de un derecho, la pa labra goce, está desviada de su sentido habitual; significa en éste caso, la ventaja que confiere la atribución de un derecho. Además, la expresión sólo despierta la idea de derechos, y se trata también de obligaciones." (15)

(15) Planiol, Marcel y Ripert, George. Ob. cit. p. 238.

Así por ejemplo, el artículo 2572 de nuestro Código Civil enumera a las personas que son incapaces para heredar. Si bien, aquí la ley se refiere a personas incapaces, realmente su intención es negar absolutamente el derecho de adquirir por sucesión y no solamente privar a dichos sujetos del ejercicio de ese derecho por sí mismos o a través de algún representante.

Al respecto, nos atrevemos a comentar que en los casos en que la ley priva a las personas en el fondo y realmente de uno o varios derechos, no se está refiriendo propiamente a incapacidades, sino a limitaciones a la capacidad de goce, expresión que nos permite lograr un mejor y más adecuado lenguaje jurídico.

Además, se hace necesario precisar que dichas restricciones tienen que ser muy limitadas en número; pues la supresión total de derechos implicaría la negación total de la persona.

1.5.2 LA CAPACIDAD DE EJERCICIO.

Concepto. Podemos definir a la capacidad de ejercicio como la posibilidad jurídica en determinadas personas para hacer valer sus derechos y contraer o cumplir obligaciones directamente o a través de un representante.

La capacidad de ejercicio presupone en la persona el discernimiento necesario para efectuar con pleno conocimiento sus actos jurídicos y comprender, de igual forma sus efectos legales. Lo que implica que esta capacidad depende de la edad de las personas

físicas, o bien, en los mayores del hecho de que no se encuentren en estado de interdicción.

La edad, en sentido jurídico se entiende como "aquella cantidad de años que la ley prescribe para que las personas realicen o ejecuten ciertos y determinados actos." (16)

En éste sentido el artículo 694 de nuestro Código Civil dispone que: "La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos" y es a partir de ésta edad que la persona dispone libremente de su persona y de sus bienes conforme lo dispone el artículo 695 del ordenamiento legal antes citado.

Es de comprenderse entonces que la capacidad a que nos referimos alcanza su plenitud en el momento en que la persona física cumple la mayoría de edad, en virtud de que es a partir de los dieciocho años, que la ley considera que un sujeto de derecho tiene el discernimiento consciente y maduro para poder decidir por sí la conducta debida y conveniente respecto de su persona y bienes.

En consecuencia, los menores de edad y los mayores de dieciocho años interdictados, son considerados por la ley como incapaces, (artículo 22).

Al respecto, el Maestro Raúl Ortiz Urquidi manifiesta que "si

(16) Escriche, Joaquín. Diccionario de Legislación Y Jurisprudencia. Tomo I. Ed. Cárdenas. México, 1979. p. 568.

una de éstas personas carentes de ésta capacidad celebran por sí un negocio jurídico, éste deviene nulo." Asimismo, el dispositivo legal 1719 preceptúa: "La... incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo."⁽¹⁷⁾

Del texto del artículo y de acuerdo a lo que atinadamente expone el autor en cita, fácilmente se comprende que la capacidad de ejercicio sea considerada como un elemento de validez de los actos jurídicos.

"La capacidad es un vocablo jurídico que como lo hizo la Instituta de Justiniano, comprende su lado negativo, o sea la incapacidad..."⁽¹⁸⁾

1.6 LA INCAPACIDAD.

La expresión incapacidad se utiliza correctamente en el lenguaje jurídico a propósito de las personas que poseyendo todos sus derechos, no tienen su libre ejercicio por diversas causas.

La figura de la incapacidad impide que la persona ejerza por sí misma la adquisición, conservación o la pérdida de un derecho. Es decir, que ésta incapacidad recae en aquellos sujetos que adolecen de la capacidad para hacer valer directamente sus derechos ya sea que se trate de celebrar a nombre propio actos jurídicos,

(17) Ortiz Urquidí, Raúl. Ob. cit. p. 322.

(18) Mazeud, Henry León, y Mazeud, Jean. Lecciones de Derecho Civil. Ed. Jurídicas Europa-americana. Buenos Aires, 1976. p. 340.

de contraer obligaciones o de cumplirlas, o bien de ejercer las acciones conducentes ante los tribunales, y sólo mediante su representante legal puede hacerlos valer.

Es así, que la incapacidad es un estado especial en que se encuentra la persona, por lo que la ley con el propósito de protegerla, la priva del ejercicio de sus derechos y de la adquisición de obligaciones por sí misma.

Debemos advertir entonces que la capacidad de ejercicio la tienen solo aquellas personas que se encuentran en ciertas condiciones naturales o jurídicas. Lo que interpretado a contrario sensu si no se cumplen con esas condiciones se estará en presencia de una incapacidad, originando entonces una incapacidad de ejercicio natural o legal que en su caso pueden ser concurrentes en forma simultánea.

La incapacidad es originada por el estado de minoridad, perturbaciones mentales, o por situaciones de las cuales resulta necesaria la existencia de obstáculos legales como medida protectora tanto para el incapaz como para el que se relaciona jurídicamente con él.

Dentro de la incapacidad encontramos la legal y la natural y la puramente legal.

1.6.1 LA INCAPACIDAD LEGAL.

El artículo 504 del Código Civil vigente establece: "Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio tienen incapacidad legal...."

"La incapacidad no siempre tiene un origen natural, hay casos en que la persona es plenamente capaz; pero la ley le niega el derecho de actuar, atendiendo a diversas circunstancias. Cuando esto ocurre, se dice que la persona está incapacitada; pero solo legalmente. La incapacidad legal es el estado especial en que se haya la persona que, a pesar de ser capaz naturalmente tiene prohibido por la ley actuar en derecho. Están en dicha situación, los menores emancipados..." (19)

1.6.2 LA INCAPACIDAD NATURAL Y LEGAL.

Establece el artículo 503 de nuestro Código Civil: "Tienen incapacidad natural y legal: I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo, imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos;

III. Los sordomudos que no sepan leer y escribir;

IV. Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes."

"El individuo puede estar incapacitado, ya sea porque su razón "

(19) Moto Salazar, Efraín. Elementos de Derecho. Ed. Porrúa. México. 1966. p. 125.

no tenga suficiente madurez, por falta de experiencia, como ocurre con los menores, o bien, porque su razón sufra algún trastorno o enfermedad, que lo debilite o destruya; como ocurre con los mayores de edad privados de inteligencia. En ambos casos se dice, que la persona es incapaz por naturaleza, cuando el individuo está imposibilitado para ser plenamente consciente de sus actos, se dice que es incapaz naturalmente, porque un estado específico de su propia naturaleza lo coloca en ésta situación; pero además, la ley, al reconocer y sancionar su estado, le niega la capacidad de actuar, por eso se dice, también, que es incapaz natural y legalmente."

(20)

En razón a que el presente trabajo tiene por objeto el estudio de la patria potestad, nos abocaremos al análisis de la fracción I del artículo antes transcrito.

1.7 LA INCAPACIDAD DE LOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS.

El elemento indispensable para la existencia de cualquier acto jurídico es la manifestación de la voluntad, por donde los actos de la vida jurídica necesitan de quien los realice la plena madurez de la mente, misma que se da por razón de la edad.

La edad en el campo jurídico se puede conceptuar como "aquella cantidad de años que el derecho exige a la persona para que pueda realizar los actos que la ley estrictamente le autoriza; o "

bien, aquella cantidad de años que la ley estima como causa suficiente para eximir o aminorar la efectividad de las obligaciones de la persona a que se hace referencia."

(21)

La ley ha establecido que la mayor edad se adquiere a los dieciocho años, es de suponer a contrario sensu que todo aquel sujeto de derecho que tenga menos de dieciocho años cumplidos, es considerado como menor de edad, y por ende, incapaz.

La incapacidad de los menores de edad no emancipados, independientemente de ser natural y legal, es también, general; lo que se traduce en la prohibición integral de participar por sí mismos o libremente en la vida jurídica.

Encontramos que la ley con el propósito de proteger al menor de edad no emancipado lo priva del ejercicio de sus derechos y de la adquisición de las obligaciones por sí mismo. Sin embargo, el menor podrá hacer valer sus derechos y celebrar actos jurídicos, comparecer en juicio o cumplir sus obligaciones por medio de su representante. Para tal efecto, el Derecho ha creado instituciones auxiliares y necesarias como son la Patria Potestad y la Tutela, consideradas como órganos de representación legal.

1.8 LA REPRESENTACION.

Concepto. Son múltiples los doctrinistas que definen, en térmi-

(21) Palomar De Miguel, J. Ob. cit. p. 487.

nos generales, la representación.

Para Luis Muñoz es "aquella institución por medio de la cual una persona realiza un acto o negocio jurídico en nombre de otra y ocupando el lugar de ésta."

(22)

Hay representación para Manuel Borja Soriano: "cuando una persona celebra a nombre y cuenta de otra un acto jurídico, de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y patrimonio del representado, como si él mismo hubiera celebrado o ejecutado el acto; se produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero".

(23)

Clases de Representación. Dispone el artículo 1289 del Código Civil vigente en la Entidad: "Ninguno puede contraer a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley."

En efecto, la ley no ha organizado la representación en una forma abstracta y rígida; por el contrario, prevé diversos tipos de representación, estableciendo respecto de cada uno de ellos, las reglas susceptibles de realizar el fin que persigue.

1.8.1 REPRESENTACION VOLUNTARIA O CONVENCIONAL (MANDATO).

Es la que se verifica cuando una persona capaz encomienda a otra

(22) Muñoz, Luis. Derecho Civil Mexicano. Edic. 1ª. Ed. Cárdenas México, 1981. p. 389.

(23) Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Edic. 9ª. Ed. Porrúa. México, 1984. p. 244.

capaz la realización en su nombre de un determinado o indeterminado número de actos.

Concepto. La representación voluntaria puede ser definida diciendo que es una "declaración de voluntad por la que una persona autoriza a otra para que concluya en su nombre uno o varios negocios jurídicos que han de producir sus efectos, como si la primera, por sí misma, hubiese operado."

(24)

En consecuencia podemos afirmar que la representación es susceptible de aplicarse mediante contrato, que conforme nuestra legislación civil es el mandato, previsto por el artículo 2056 que establece: "El mandato es un contrato por el cual el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta y nombre del mandante, los actos jurídicos que éste le encargue."

Preveé además el dispositivo legal 2063 que el mandato puede ser especial o general. Son generales los contenidos en los tres primeros párrafos del artículo 2064 del Código Civil. Cualquier otro mandato tendrá el carácter de especial. Son actos que requieren cláusula especial los enumerados limitativamente por el artículo 2100 de la ley antes referida.

Atentos a lo expuesto podemos indicar que las facultades del mandatario estarán limitadas a la ejecución de actos jurídicos den-

(24) Cit. por Chávez Ascencio, Manuel. La Familia en el Derecho. Edic. 1ª. Ed. Porrúa. México, 1984. p. 292.

tro de los límites establecidos convencionalmente por el mandante (artículo 2056) o por el Código Civil en caso contrario (artículos 2063 y 2100).

1.8.2 LA REPRESENTACION DE PERSONAS CAPACES.

La representación oficiosa o representación legal para capaces se dá cuando la ley imputa obligatoriamente a un capaz, las consecuencias de un acto realizado por otra capaz, las consecuencias de un acto realizado por otra capaz para evitarle un daño; al respecto contempla el artículo 1385 del Código Civil: "El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme los intereses del dueño del negocio." Esta clase de representación se conoce con el nombre de gestión de negocios, en donde la ley considera al gestor como representante del dueño del negocio, aunque éste no quiera o dé su autorización, en atención a lo útil que le sea dicha gestión.

Esta representación también es la que realiza el síndico sobre los intereses de los concursados o sujetos a quiebra, o la de los albaceas que ejercen la representación de los bienes, derechos y obligaciones de la sucesión (artículo 2944), o bien, el de las personas que representan al ausente (artículos 701, 705 y 706).

1.8.3 LA REPRESENTACION DE LOS INCAPACES (MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS.)

" El menor de edad puede ejercitar sus derechos y contraer sus

obligaciones por medio de sus representantes" dispone el artículo 22 de nuestro Código Civil.

Fundándose la incapacidad de ejercicio en la idea de ineptitud para gobernar los propios intereses, es lógico que el ordenamiento jurídico instituya un régimen de protección y, a la vez, de representación de los menores de edad no emancipados.

Concepto. La representación legal es "Aquella que la ley confiere a determinadas personas en virtud del cargo u oficio que desempeñan, o por razón del estado de familia."

(25)

Organos de representación. Esta representación se manifiesta de diversas formas, dando origen a dos instituciones jurídicas como son la patria potestad (Título octavo, Capítulos I, II, y III del Código Civil) y la Tutela (Título noveno, Capítulos del I al XIII del mismo ordenamiento jurídico), mismas que integran la base de la representación como medio supletorio de la capacidad en nuestro Derecho Mexicano.

CAPITULO II

EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LA PERSONA
DE LOS HIJOS.

2.1 ANTECEDENTES HISTORICOS.

El Derecho como manifestación social, está íntimamente ligado con el desarrollo histórico, ya que los caracteres de una institución jurídica no son inmutables, pues se encuentran en constante evolución, a diferencia de lo que acontece con las ciencias exactas, razón por la cual al elaborar el presente capítulo nos ocuparemos del estudio de los antecedentes históricos de la patria potestad.

La autoridad paterna tiene su fundamento en la propia naturaleza es pues, tan vieja como la sociedad humana, sin embargo, el concepto sobre la manera de ejercerse, sobre los derechos y obligaciones que comporta ha evolucionado profunda y considerablemente.

La patria potestad es una institución que tiene sus antecedentes más primitivos en el Derecho Romano. En éste era considerada como un poder absoluto e ilimitado y sin restricciones, análogo al que se ejercía sobre un esclavo. La patria potestad era entonces "la autoridad que el paterfamilias ejerce sobre los hijos legítimos de ambos sexos, sobre los descendientes legítimos de los varones, sobre los extraños arrogados o adoptados y sobre los hijos naturales legitimados." (26)

(26) Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Edic. 7ª. Ed. Porrúa México, 1984. p. 441.

El carácter principal de ésta autoridad es que tenía menor por objeto la protección del hijo, que el interés del jefe de familia, y era ejercida con total autoridad sobre la persona y bienes de los hijos. Así, durante los primeros siglos, el jefe de familia tiene el poder de vida y muerte sobre los hijos, podía venderlos, darlos en noxa y abandonarlos. En cuanto a los bienes el hijo no podía tenerlos, todo pertenecía al paterfamilias.

Sucesivamente con el transcurso del tiempo, sufre ésta institución cambios y el poder sobre la vida de los hijos se reduce a un simple derecho de corrección, el derecho de mancipar se prohíbe, al igual que la posibilidad de darlos en noxa, y al hijo abandonado se le otorga la calidad de *sui iuris ingenuo*. En cuanto a los bienes, la institución también se suaviza con el establecimiento de los peculios, que no eran otra cosa que un caudal que el hijo da familia maneja separado de los bienes del padre. Estos peculios se dividían en militar y pagano; el militar en castrense y cuasicastrense; y el pagano en adventicio y profecticio. El peculio militar era el adquirido con ocasión de la milicia, y era castrense cuando provenía de la milicia armada y cuasicastrense cuando devenía de la togada. (27)

En ésta clase de peculios, los bienes pertenecían en plena propiedad al hijo de familia. Aquello que el hijo adquiere fuera de

(27) La togada se refiere a todo lo que se adquiere no sólo enseñando jurisprudencia, sino también teología, medicina, etc. y enseñando cualesquiera artes liberales o ejerciendo los oficios de consejeros, oidores, etc. Alvarez, José María. Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias. Edic 1ª. Ed. UNAM. México, 1982. p. 67.

ésta carrera, pertenece al pagano y era profecticio, cuando lo ' adquirido por el hijo venía de los bienes del padre; si provenía de otro -como la madre- era adventicio y se reduce a lo que el ' hijo gana con su propio trabajo. En éste último, la propiedad ' del peculio está en el hijo, el usufructo y la administración, ' en el padre.

En Francia se presentan dos situaciones muy diferentes entre sí. En las regiones de Derecho escrito se conserva la patria potes- ' tad romana, disminuída sobre todo en las Constituciones de los ' Emperadores y después en la jurisprudencia, pero las reglãs pr ' mitivas subsisten en algunos puntos, a saber: la patria potestad nunca pertenecía a la madre y se prolongaba de manera indefinida (carácter vitalicio). El hijo no podía adquirir por su cuenta, ' salvo los peculios y éste era considerado como incapaz para cele ' brar contrato de mutuo y para testar.

(28)

En las regiones consuetudinarias se presentan tradiciones muy di ' ferentes, la idea de una protección debida al hijo dominaba en ' ellas en la organización de la patria potestad.

Esta institución era de carácter temporal y presentaba un aspec- ' to totalmente familiar y de puro hecho, no era objeto de reglas ' jurídicas.

Durante la Revolución Francesa en 1789 la patria potestad no fué

(28) Planiol, M. y Ripert, G. ob. cit. p. 252.

abolida, como se señala generalmente. La Asamblea Legislativa es tableció simplemente que no se extendía a los mayores y que los menores serían los únicos sometidos a ella.

En el Derecho Germánico, desde épocas muy remotas, tal vez desde sus orígenes, la munt (institución equivalente a la patria potestad) tuvo siempre un carácter tuitivo. En ese derecho el poder de los padres sobre los hijos no era vitalicio, se extinguía cuando el hijo llegaba a la mayor edad. Comprende el derecho de cuidar al hijo y no se conocía la privación de la capacidad de los hijos para adquirir bienes. La mujer participaba o podía ejercer la patria potestad a la muerte del padre. (29)

En la España medieval encontramos que en el Fuero Juzgo se percibe claramente una influencia germánica respecto de la organización de la patria potestad. En éste cuerpo de leyes, la influencia del Derecho Romano, se vió oscurecida por el Derecho Germánico.

No obstante que las Partidas acogieron para España el Derecho Romano, y que en éste cuerpo de leyes la patria potestad se denominaba "officium virile" y se constituye como un poder absoluto y perpetuo en favor del padre, se percibe respecto del ejercicio de la patria potestad, la influencia de ciertas ideas cristianas que influyeron sobre ésta institución ya desde el Imperio Romano en el sentido de que la patria potestad, debía ser ejercida con

(29) GALINDO GARFÍAS, I. Ob. cit. p. 670.

piedad paternal.

La patria potestad en el Derecho Español antiguo sólo se concebía en la familia legítima. Durante ese período, casi desaparece el concepto romano de patria potestad como derecho del pater y se transforma, a través del derecho consuetudinario, en un deber de protección hacia el hijo. Desde entonces empezó a considerarse que la patria potestad tenía su fundamento no en el derecho positivo sino en el Derecho natural.

Hoy definitivamente está triunfante la idea de que la patria potestad implica no solo derechos, sino también deberes; más aún que lo que importa primordialmente es la protección de los menores, sin detrimento del respeto filial. La legislación moderna, a la inversa que la antigua, ha puesto el acento sobre los deberes, que no son sino medios que la ley les otorga a los padres para llenar el cumplimiento de las obligaciones que la naturaleza y la ley les ha impuesto, y no sobre los derechos de los padres. De ahí la intervención cada vez mayor por parte del Estado por lo que se refiere al aspecto externo de la forma en que se ejerce la autoridad paterna, ya que el interés de los padres debe coincidir con el interés general del grupo social; y la admisión de sanciones, para los padres que no cumplen debidamente con sus obligaciones. Por lo que manifestamos que la patria potestad es una institución civil matizada por el influjo moral y los derechos de quienes la ejercen se justifican en cuanto son necesarios para el eficaz cumplimiento de los deberes que implica la propia institución.

ca la propia institución.

2.2 CONCEPTO.

El vocablo patria potestad "viene de la expresión latina patrius a, um, que quiere decir lo relativo al padre, y potestas, que significa potestad, poder." (30)

La doctrina ha venido señalando atinadamente que el nombre de la institución en estudio no responde ya al contenido de la misma, pues el término traduce las ideas, como vemos, de poder (potestad), atribuidos exclusivamente al padre (patria). Ya en la institución de la patria potestad, se ve hay más que un poder, una protección, protección que por otra parte no es específicamente paternal, puesto que incumbe a los dos padres y aún a la madre sola en defecto del padre.

La patria potestad es la institución derivada del derecho natural, de la paternidad y de la maternidad, que toma su origen en la filiación y como consecuencia con el parentesco, el que está relacionado con los hijos.

Nuestro Derecho Positivo Guanajuatense no proporciona concepto alguno de lo que se entiende por patria potestad, sin embargo, en la doctrina encontramos multitud de conceptos; así Felipe Clemente de Diego la define como "el deber y el derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de

(30) Cit. por Muñoz, Luis. Ob. cit. p. 439.

las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos."

(31)

En este mismo sentido Colín y Capitan la definen como "el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y 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."

(32)

Amén de lo anterior, podemos afirmar que la patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que a los padres en primer término corresponde, con el objeto de proveer a la representación, asistencia, educación y protección de la persona e intereses patrimoniales de los hijos, desde la concepción, y en tanto sean menores de edad no emancipados.

De éstas definiciones, por otra parte concluimos que la patria potestad no se encuentra como ocurre en otras instituciones jurídicas, en una situación de oposición y no corresponde al derecho una obligación en otra persona, sino que la función que se ha conferido a los padres es derivada de la propia naturaleza de la institución, para el eficaz cumplimiento de un deber que se refiere a un derecho, pero no al derecho correspondiente a un deber, esto es un derecho del hijo, sino que por el contrario,

(31) Cit. por Muñoz, Luis. Derecho Civil Mexicano. Edic. 1ª. Ed. Cárdenas. México, 1971. p. 439.

(32) Colín, Ambrosio y Capitan, Henry. Curso Elemental de Derecho Civil. T. II. V. I. Edic. 2ª. Ed. REus. Madrid, 1942. p. 20.

al derecho mismo del progenitor; la coincidencia de derecho y deber es característica de las relaciones de derecho público y se realiza por la preeminencia que en la relación tiene frente a la voluntad el momento de la finalidad; de manera que el imperativo jurídico en vez de plantearse en los términos "si quiere alcanzarse éste fin deben observarse éstas normas", se plantea en cambio en éstos otros "debe alcanzarse éste fin observando esas normas."
(33)

2.3 CARACTERES DE LA PATRIA POTESTAD.

De la función propia de la patria potestad, que es la protección de los hijos; a la fuente u origen de la institución, la filiación y a la naturaleza de ella, la patria potestad tiene los siguientes caracteres: es irrenunciable. Para poder hablar de irrenunciabilidad tenemos que saber primero que renunciar significa "la manifestación de voluntad de un sujeto mediante la cual se desprende de un bien, derecho o cargo."
(34)

De acuerdo con nuestro Código Civil la patria potestad no es renunciabile. Aunque bien podría bastarnos el señalamiento que la ley hace al respecto, creemos necesario agregar que la irrenunciabilidad de la patria potestad se basa en el hecho de estar considerada como una institución de orden público, por la importancia que tiene la familia en la sociedad, trayendo como conse-

(33) Cicú, Antonio. El Derecho de Familia. Edic. 6ª. Ed. Ediar. Italia, 1947. p. 128.

(34) De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. Edic. 12ª. Ed. Porrúa. México, 1986. p. 429

cuencia que sean consideradas sus normas de interés público y por tanto, de carácter irrenunciable, pues así lo establece nuestro Código Civil en su artículo 5 el cual señala: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros."

En razón a lo antes expuesto podemos afirmar que no existe libertad por parte de los padres para renunciar a ella, lo cual implicaría el incumplimiento del deber de guarda y vigilancia de los hijos, incluso el de asistencia, es decir, la patria potestad es de ejercicio obligatorio.

Es excusable. El mismo dispositivo legal (artículo 501) establece que "...los abuelos podrán excusarse de ejercerla cuando tengan sesenta años cumplidos o cuando por el mal estado habitual de su salud no puedan atender debidamente a su desempeño."

Tomando en consideración que la finalidad de la patria potestad es la asistencia, protección y cuidado de la persona y patrimonio del menor, constituyéndose en una carga que debe ser cumplida hasta sus últimas consecuencias, es lógico suponer que éstas pueden resultar fatigosas o excesivas para personas de edad avanzada o de salud precaria, por lo que la ley les otorga la facultad de excusarse. Cabe aclarar que ésta posibilidad es exclusiva de los abuelos, puesto que los padres no tienen posibilidad alguna de excusarse del ejercicio de la patria potestad.

Es intransferible. Por intransferible entendemos la imposibilidad de transmitir a otra persona un derecho que nos es otorgado. Como hemos visto la patria potestad es considerada como una institución de orden público, y por ello las normas que la rigen son de interés social, por consiguiente las personas investidas del ejercicio de la patria potestad adquieren un derecho personalísimo que no puede ser objeto de comercio, por lo que no puede transferirse a título gratuito u oneroso, excepto en el caso de la figura jurídica de la adopción, único caso que acepta y contempla nuestra legislación.

Es imprescriptible. Los derechos subjetivos familiares y con ellos, los derivados de la patria potestad, no pueden adquirirse o extinguirse por el transcurso del tiempo. Esta forma jurídica cabe únicamente, para los derechos reales, pero no para los derechos personales.

Es temporal. La patria potestad no es perpetua, termina con la emancipación o la mayor edad del hijo, es decir, cuando éste puede prescindir de la tutela o protección de los progenitores.

2.4 SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Se entiende por sujeto activo quien debe desempeñar el cargo, y sujeto pasivo, aquel sobre quien se cumple."
(35)

(35) Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Edic. 1ª. Ed. Porrúa. México, 1984. p. 344.

Los sujetos activos de la patria potestad son: los padres, conjuntamente o solamente la madre o sólo el padre, los abuelos paternos o maternos, unos u otros, o solo uno de cada pareja.

Sin embargo, en cuanto a su ejercicio en este punto se plantean diversas hipótesis, las cuales a continuación enunciamos.

En una familia normalmente constituida sobre la base del matrimonio civil, la patria potestad se ejerce, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 468 de nuestro Código Civil: I.- Por el padre y la madre; II.- Por el abuelo y abuela paternos; Y III.- Por el abuelo y abuela maternos.

Como podemos darnos cuenta, nuestro Derecho Positivo establece el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos padres, lo que se consigue con la desaparición de la concepción primitiva de ésta institución. Lo que no significa que en caso de faltar alguno de los dos progenitores el otro no pueda seguir ejerciendo la patria potestad; ésta situación se hace extensiva a los abuelos que son llamados a ejercer el cargo.

Por otra parte consideramos que es de censurarse que permanezca la norma discriminatoria para los abuelos maternos, dejándolos en segundo lugar respecto de los abuelos paternos. En todo caso y ante la idoneidad de ambas parejas de abuelos, debiera ser el juez quien determinara a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad por falta o imposibilidad de ambos padres, teniendo en cuenta el interés y bienestar de los nietos. Así lo deter-

mina el artículo 418 del Código Civil vigente para el Distrito Federal que fué reformado, quedando como sigue: "a falta de los padres ejercerán la patria potestad sobre el hijo los ascendientes que enumeran las fracciones II y III del artículo 414, pero establece: ya en el orden que determine el juez de lo familiar." Queda así borrada la preferencia en orden que se atribuía a los abuelos paternos, y de ésta manera, no sólo establece la igualdad entre las dos ramas, sino que -y ésto es lo importante para nosotros- se busca más protección para el menor hijo.

Hijos extramatrimoniales. Si bien es cierto que como vemos nuestro Código Civil vigente ya no hace -acertadamente- la distinción entre el hijo nacido por matrimonio o el solo reconocido, el ejercicio de la patria potestad de los hijos habidos fuera de matrimonio se sujeta a los siguientes presupuestos: primer caso: Cuando los progenitores han reconocido al hijo habido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad (artículo 469, segunda parte del Código Civil). Segundo caso: Cuando viven separados, pero reconocen al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá sobre él la patria potestad, en caso de desacuerdo lo hará el juez de primera instancia de lo civil (artículo 463). Tercer caso: Cuando vivan separados, pero el reconocimiento se efectúa sucesivamente, la ejercerá el primero que lo reconozca, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres (artículo 437). Cuando por cualquier circunstancia dejara de ejercer la patria potestad alguno de los padres entrará a ejercerla el otro. A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo reconocido, los abuelos paternos o los abue-

los maternos (artículos 470 y 472).

Hijos adoptivos. En éste caso la patria potestad la ejercerán únicamente las personas que lo adopten (artículo 473).

De lo anterior, se desprende que la patria potestad en la legislación actual, se ejerce no sólo sobre los hijos nacidos de matrimonio, sino también sobre los hijos extramatrimoniales que hayan sido legitimados o reconocidos, e incluso sobre los adoptados.

CAPITULO III
EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE
LA PERSONA DEL HIJO

La patria potestad en lo que se refiere a la autoridad de quienes la ejercen sobre la persona de los descendientes, acusa marcadamente, la coincidencia del interés público y el interés privado.

"Es una coincidencia (el del interés público y el del interés privado) no puramente fortuita con valoraciones de derecho público dado el carácter ético de la actividad misma del Estado." Como titulares desde el punto de vista interno de la patria potestad, los progenitores deberán desarrollar una actividad por sí misma compleja de carácter no patrimonial, que puede definirse como obligación de educación en sentido lato o función educativa. En éste sentido, la función educativa importa la obligación de desarrollar aquella compleja actividad espiritual y material que mira a formar intelectual y moralmente la personalidad del hijo y procurar su desarrollo físico.

3.1 DERECHOS Y DEBERES INTEGRANTES DE LA PATRIA POTESTAD EN CUANTO A LA PERSONA DE LOS HIJOS.

Para el cumplimiento de los deberes que impone la patria potestad, la ley provee a los padres de una serie de facultades jurí-

(36) Cit. por Galindo Garfias, I. Ob. cit. p. 678.

dicas, por virtud de las cuales están autorizados por la norma de derecho para interferir lícitamente sobre la persona, conducta, actividad y patrimonio de los hijos. Estos derechos y deberes derivados de la patria potestad son de interés público en cuanto que se constituyen y ejercitan tomando en consideración el interés familiar y no el particular. Así, los poderes que atribuye la patria potestad, deben ejercerse siempre en interés del hijo. No se han creado en interés de las personas que ejercen la función, sino que el ordenamiento jurídico al establecer un ámbito de libertad en su ejercicio confía a sus titulares el interés familiar, la protección de los bienes de éstos. El contenido social de la patria potestad se destaca desde el punto de vista de que los poderes conferidos al padre y a la madre constituyen una potestad de interés público, se cumple el interés de la colectividad representada por el Estado.

Nuestro Derecho Positivo inicia la reglamentación del presente apartado con un precepto de contenido puramente moral, así el artículo 465 comprende el deber de honrar y respetar a los padres y ascendientes a cargo de los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición.

El contenido moral de las condiciones jurídicas entre padres e hijos, se presenta en el estado de respeto y obediencia de descendientes a ascendientes. La presente es una norma de las llamadas "lege minus quam perfecta", porque no es posible exigir coactivamente su cumplimiento.

Las relaciones de tipo personal que integran la patria potestad son las siguientes: Guarda y vigilancia: Para el mejor cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo, la ley impone a éste, el deber de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido. La guarda del menor implica la posesión, vigilancia, protección y cuidado del hijo. Es el deber y la obligación de los padres para exigir que los hijos habiten en la casa paterna. En éste sentido el artículo 475 de nuestra legislación civil local consigna que "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."

Al respecto sostenemos que el derecho de guarda se otorga a quienes ejercen la patria potestad con el fin de facilitar el mejor cumplimiento de su cargo, es decir, para poder satisfacer las necesidades del menor, es necesario que se cohabite con quien ejerce la patria potestad, pues resulta imposible o al menos, muy difícil cuidar y vigilar al hijo menor que vive separado o en forma independiente de los padres.

Relacionada con éste derecho y obligación, está el deber de vigilancia, el cual implica el cuidado de dirigir las acciones y el desenvolvimiento moral, intelectual, etc. de los hijos, lo que autoriza a los padres a reglamentar las relaciones de sus descendientes, a examinar su correspondencia, y en general, a interferir lícitamente en todas sus actividades.

Corrección. Ya que la principal misión de los padres es la formación y educación de los hijos, es preciso, que puedan emplearse para la realización de tales fines, ciertas medidas correctivas; derecho que se encuentra comprendido en el artículo 477 del Código Civil vigente en nuestra Entidad, y el cual reza de la siguiente forma: "Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente..."

Como vemos, en la actualidad el ejercicio de éste derecho se encuentra limitado. El padre puede castigar al hijo, porque, como dijimos, sin ésta facultad carecería de medios para cumplir con el deber de educación, pero el castigo debe ser templado, ya que de lo contrario, en caso de exceso, los titulares de éste derecho pueden hacerse acreedores de sanciones, tanto del orden penal como civil.

Educación. El artículo 476 en su primera parte señala que: "Las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente..."

Siendo la patria potestad una misión de interés público, y de alto contenido social, la ley impone a los ascendientes el deber de educar a los menores sujetos a aquella.

Educar a un hijo, es ante todo instruirlo, darle la preparación elemental sin la cual no estará facultado para ganarse la vida en la sociedad actual, en éste sentido el deber consignado en la norma jurídica a cargo de los padres no se circunscribe a la en-

señanza primaria, sino que también comprende el otorgamiento de los medios suficientes para que los hijos pueden desarrollar eficazmente un oficio o profesión.

La educación comprende, desde el desarrollo del intelecto, hasta la formación moral y de conciencia social que tiendan a hacer del educando un ser útil a sí mismo y a la propia colectividad.

Sostenimiento del hijo. La educación (entendida ésta en sentido amplio) de los hijos no se realiza sin gastos, siendo éstos a cargo de los padres; la obligación pecuniaria es la más pesada de las que tienen que soportar los padres, sobre todo cuando la familia llega a ser numerosa.

La obligación de los padres comprende los gastos de toda clase que origina la presencia del hijo: alimentación, vestido, casa, gastos de enfermedad, gastos de educación, etc.

Siempre que los padres tienen recursos suficientes para cumplirla, la obligación de sostener a los hijos se realiza por la fuerza de las cosas; el hijo vive a costa de sus padres o ascendientes, sin que la ley intervenga. Es por ésta situación que nuestro Código Civil no trata el sostenimiento del menor en el capítulo relativo a la patria potestad, sino que dicho ordenamiento jurídico lo ubica dentro del capítulo que en especial dedica a los alimentos.

Así tenemos que los hijos menores de edad tienen derecho a ali-

mentos aunque se encuentren en la posibilidad de procurárselos por sí mismos, pues en éste caso la obligación de los progenitores no es específica de la patria potestad, sino que surge de la relación del parentesco, lo cual se demuestra con el hecho de que aún perdida o suspendida la patria potestad, subsiste la obligación alimenticia a cargo de los padres, sin otro límite que la posibilidad del que debe darlos y la necesidad del que debe recibirlos.

No obstante lo anterior, no debe confundirse la obligación específica impuesta a los padres para con sus hijos, con la obligación mucho más general, llamada obligación alimentaria.

Esta por naturaleza es recíproca, en cambio el deber de los padres para con sus hijos menores es unilateral, también por naturaleza. La obligación alimentaria dura toda la vida; el deber de los padres termina con la mayor edad de los hijos. Después de la mayoría, sin embargo, el hijo puede tener derecho a alimento si se encuentra imposibilitado para trabajar y carece de bienes propios suficientes; si se trata de hija mujer posee éste derecho hasta que contraiga matrimonio, siempre que viva honestamente.

La representación. Los hijos menores no emancipados están sometidos al régimen de protección más completo: el de la representación. El artículo 479 del Código Civil concede la representación a los padres que ejercen la patria potestad.

La patria potestad implica en quien la ejerce el poder de repre-

sentar al hijo menor no emancipado en todos aquellos actos para los cuales carezca de capacidad de obrar, siempre que su naturaleza permita la representación.

En éste apartado dos casos concretos llamaron fuertemente nuestra atención: El matrimonio de menores de edad, el cual queda sujeto a la anuencia de los padres, y el reconocimiento de hijos siendo el padre menor de edad, caso en el que también para llevarlo a cabo jurídicamente es necesario que manifieste su consentimiento el menor y quien lo tenga bajo su custodia. Tales actos jurídicos nos interesan en el sentido de determinar si en ellos cabe o no la representación de quien ejerce la patria potestad.

La posición de los tratadistas al respecto es muy variada y contradictoria. Alberto G. Spota afirma al estudiar el matrimonio que "la concertación del enlace requiere la autorización del representante necesario o venia judicial supletoria, pero la capacidad matrimonial atañe al menor y la oposición del Representante no puede ser incausada."

(37)

Federico de Castro y Bravo señala que "en la esfera estrictamente personal y en la familiar de carácter personal está normalmente excluida la sustitución del titular; en ellas, el representante no puede actuar o su actuación es sólo complementaria, y en los supuestos especiales, en que especialmente se permite carece de carácter definitivo." (38)

(37) Spota, G. Alberto. Tratado de Derecho Civil. Ed. De palma. Buenos Aires, 1949. p. 119.

(38) De Castro y Bravo, Federico. Derecho Civil Español. Ed. del Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1952. p. 179.

Algunos otros autores señalan que para el caso de obligaciones de carácter personal no cabe la representación paterna, sino únicamente la asistencia.

Nosotros consideramos apegadas a lo establecido por Rojina Villegas al tratar la representación, que en los dos casos en estudio si hay representación y tal representación se justifica con la Teoría de la Cooperación de Voluntades que señala: Que hay una colaboración entre la voluntad del representado y la del representante es decir, los efectos del acto jurídico se explicarían tomando en cuenta que en parte han sido queridos por el representado y en parte han sido queridos por el representante. Y en éste caso la voluntad del incapaz es válida puesto que nuestro Código le reconoce cierta capacidad de obrar para la celebración del matrimonio y del reconocimiento de hijos.

En cuanto al Testamento como acto mortis causa, y también personalísimo puede realizarlo el menor, sin intervención de su representante, siempre que haya cumplido los dieciseis años de edad, y en éste caso la ley le reconoce también capacidad especial e independencia para testar.

Otra excepción a la regla general de la representación de los hijos por los padres se refiere a aquellos actos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

Por último, el respeto a la persona, hace que tampoco pueda el padre obligar contractualmente a la misma persona del menor; así

por ejemplo, el contrato de trabajo lo ha de celebrar el menor y no debe hacerlo su representante legal (padres) como tal.

CAPITULO IV
EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO
DE LOS BIENES DE LOS HIJOS

Los deberes que la patria potestad impone a los padres en favor de los hijos no se refieren únicamente a la persona de éstos; si no también a su patrimonio.

La falta de experiencia del hijo durante su menor edad, su incapacidad para manejar sus intereses, exige que haya una persona que cuide éstos, y nada más racional que cuando el hijo tenga a sus padres o ascendientes que ejerzan el poder paterno, sean aquellos o en su defecto éstos, los escogidos para cuidar aquellos intereses. Así tenemos que en aspecto patrimonial tres son los principales efectos de la patria potestad, a saber: a. La representación legal, b. La administración de bienes, y c. El Derecho de Usufructo legal. Sin embargo, como en el Derecho Moderno la representación de los hijos en la esfera patrimonial se proyecta -como veremos- fundamentalmente a través de la administración legal de bienes, nos referiremos para efectos del presente estudio únicamente a dos apartados, que tratarán: a. La administración legal de bienes, y b. El Derecho de Usufructo legal.

4.1 LA ADMINISTRACION LEGAL DE BIENES.

La administración de los padres es una administración "sui generis", más amplia de la que se entiende ordinariamente por administración y que contiene la facultad de realizar no sólo actos

administrativos y de conservación del patrimonio, sino todos aquellos que sean convenientes o útiles al menor, incluyendo facultades dispositivas, si bien en algunos supuestos precise el complemento de la autorización judicial.

Concepto. Se llama administración legal "a la facultad de administrar los bienes del hijo, siendo confiada ésta facultad por la ley al padre."

(39)

Es raro que un hijo tenga bienes personales durante su menor edad: generalmente no gana nada, y cuando en la familia se abre una sucesión es recibida por el padre o por la madre, según la línea de donde procede. La primera sucesión que un menor puede recibir es la del primero de sus padres que fallezca, o bien, de un hermano o abuelo. En éstas hipótesis o en aquel en que el hijo efectivamente (por que puede ser posible) tenga una fortuna propia, es necesario saber quien y como ha de administrar el patrimonio del menor.

4.2 CONTENIDO DE LA ADMINISTRACION LEGAL (TEORICO).

Como afirmamos con anterioridad la administración legal de los padres es una administración sui generis. El principio general que rige la materia es, tal y como lo señala el artículo 479 del Código Civil que los padres tienen la administración legal de los bienes de sus hijos menores. Sin embargo, cuando fuera de és

(19) Planchel, M. y Ripert, G. Ob. cit. p. 282.

ta disposición se quieren precisar las reglas detalladas de la ' administración legal, nos encontramos inmediatamente en presen- ' cia de una de las nociones más oscuras de nuestro Derecho Civil. En tal situación y ante el e xcesivo laconismo que presenta nues- tra legislación, recurriremos a la doctrina para proporcionar u- na visión más clara del tema; y para hacer un correcto estudio ' se hace necesario establecer que se entiende por acto de adminis- tración.

André Trasbot define el acto de administración "como un acto ju- rídico cualquiera cuando en relación con el conjunto de cierto ' patrimonio dicho acto aparezca como realizado por su autor, con el fin de asegurar a la vez la conservación y la puesta en valor normal de éste patrimonio o de uno o varios de sus elementos en condiciones legalmente determinadas y bajo amenaza de una san- ' ción apropiada."

(40)

Para Valverde dichos actos son "todos aquellos que tienden a la conservación de los bienes que forman el patrimonio y a la per- ' cepción de los frutos que éste produzca, según la natural desti- nación de la cosa de que forman parte."

(41)

Para Julien Bonnetcase acto de administración es "un acto jurídi- co relativo a un bien individualizado o a un patrimonio familiar

(40) Cit. por G. Spota, Alberto. Tratado de Derecho Civil. T. I Edic. 4ª. Ed. De Palma. Argentina, 1949. p. 191.

(41) Cit. por Galindo Garfias, I. Ob. cit. p.p. 682 y 683.

considerado en sus elementos concretos, y que tiende a la producción del elemento capital de ese patrimonio, que por definición es esencialmente estable a la apropiación o al aprovechamiento ' de las utilidades de esa producción, sin que en nada se comprometa la existencia, individualidad o valor de dicho elemento capital en el seno del mismo patrimonio." (42)

De ésta última definición se desprenden tres características fundamentales del acto de administración: 1. El patrimonio sobre el cual se realiza el acto de administración, es esencialmente estable. El patrimonio al que se refiere es al patrimonio familiar ó de derecho común, el cual está destinado a permanecer indefinidamente en poder de su titular. Consecuentemente el objeto del titular, se reduce a que ese elemento capital produzca el máximo ' de utilidades sin comprometer su existencia.

2. El acto de administración, traduce desde el punto de vista positivo, la producción de un elemento capital estable, y como consecuencia la apropiación y aprovechamiento de los productos derivados de tal producción. De ésta característica se desprende el doble alcance del aspecto positivo del acto de administración: ' la producción y la enajenación de los productos obtenidos. Así, ' éste acto implica las operaciones jurídicas por medio de las cuales un bien rinde utilidades, y que va relacionado con el acto ' de enajenación que se deriva del de administración, pero a condición de que únicamente se aplique a las utilidades obtenidas con

(42) Bonnacase, Julien. Elementos de Derecho Civil. Ed. Cárdenas. México, 1985. Pp. 411 y 412.

la producción. La enajenación es una manifestación de la aplicación, tanto del acto de administración como del de disposición, pero en el primer caso, la enajenación se limita a los productos obtenidos y en el segundo caso ataca al elemento capital. Así, el acto de administración implica la producción y la enajenación siempre y cuando el bien administrado no salga del patrimonio del titular. En éste sentido se afirma acto conservatorio, acto de salvaguarda necesaria; acto de administración, acto de puesta en valor normal; acto de disposición, pleno dominio.

3. En el terreno negativo el acto de administración se caracteriza específicamente por no comprometer ni el valor del elemento capital al que se aplica, ni su individualidad ni su existencia. Esta característica nos muestra al acto de administración integralmente opuesto al de disposición, éste último comprende más allá de la enajenación, todo acto susceptible de implicar con posterioridad la pérdida del elemento capital.

No obstante las anteriores opiniones, creemos que la administración de los padres es en cierto modo más amplia que lo que se entiende por administración.

La patria potestad si bien toma su base en ésta ideas, rebasa sus límites, por que la administración paterna incluye, desde una serie de actos ordinarios hasta los propios actos dispositivos (si bien en algunos casos bajo el requisito de la autorización judicial). Y ésto se explica fácilmente, no sería justo ni lógico que a los padres se les sujetara jurídicamente a tantas obli-

gaciones como las exigidas por nuestro Código Civil al tutor para administrar, debido a la relación tan estrecha que existe entre padres e hijos, y donde se supone normalmente que aquellos son los más interesados en la protección y bienestar de los hijos.

4.3 TITULARES DE LA ADMINISTRACION LEGAL.

Como vimos "Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de éste Código; pero cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y la madre, por el abuelo y abuela o por los esposos adoptantes, el administrador de los bienes y representante será el varón." (artículo 479 del Código Civil).

El padre es pues, en principio el administrador legal de los bienes de sus hijos menores.

Sin embargo, en algunos casos excepcionales la administración legal se confiere a la madre o a un tercero. Dichos casos son los siguientes: Cuando el padre es condenado a la pérdida de la patria potestad por los casos previstos en el artículo 497 del Código Civil; en los casos de suspensión contemplados en el artículo 500 del mismo ordenamiento jurídico, y en caso de muerte del padre administrador legal.

Indudablemente que en tema de patria potestad dos son fundamen-

talmente los intereses en juego: uno que late en toda la regulación de la institución y que es el interés del menor; y otro, que cuenta también con el apoyo, de rango superior que es el interés de la unidad familiar.

En el presente caso en forma justificada se reconoce la prioridad lógica de la unidad de la familia sobre la igualdad de los cónyuges.

Lo afirmamos así, en razón a que de prevalecer en éste punto una posición individualista en pro de la igualdad de los cónyuges como lo hace el Código Civil del Distrito Federal, nos enfrentaríamos con el problema como es común en una sociedad de dos miembros de que en multitud de casos habría desacuerdo entre ambos, y en tal situación la decisión en caso de empate es difícil (empeora las cosas); lo que nos llevaría a otorgar una mayor intervención judicial en la vida familiar, y esperar que un tercero extraño como lo es un juez, componga el disenso y distribuya razones y errores, no es la vía más idónea.

En éste mismo orden de ideas, opinamos que propiciar intervenciones de terceros en los choques de los padres que conviven, significa implicar el riesgo de transformar la concepción de la vida familiar como relación asentada por el amor, en una relación fundada como cualquier otra relación contractual sobre la esquemática contraposición de facultades y deberes.

Por todo lo expuesto nos manifestamos en total acuerdo con la so

lución que dá nuestro Código al presente problema, dejando el poder de decisión en un sola persona.

Por otra parte, y retomando el tema, la administración legal se discierne a un tercero: Siempre que se plantea una oposición de intereses entre el padre administrador legal y el menor hijo éstos últimos serán representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso (artículo 493).

Algunas legislaciones, como la Francesa incluyen además el caso de oposición de intereses entre hermanos, caso en el cual también se nombra tutor para la representación. A nuestro Derecho se le escapa ésta posibilidad, sería adecuado que la incluyeran de la misma manera en que se hace en la tutela.

4.4 BIENES SOBRE LOS CUALES RECAE.

En principio de acuerdo con lo establecido por el ya citado artículo 479, todos los bienes del menor están sometidos a la administración paterna. Sin embargo, no debe creerse que sobre todos los bienes del hijo tiene el que ejerce la patria potestad el anterior derecho.

Recordemos que en el Derecho Romano se estableció la doctrina de los peculios para determinar los bienes que pertenecían al hijo con separación del patrimonio del padre.

Nuestro Código Civil desterró las denominaciones de aquella doc-

trina, siguiendo algunos principios de dicha teoría, regulando ' la materia de los bienes que pueden integrar el patrimonio de ' los hijos en los términos siguientes, según lo dispone el artículo 481, mismo que a la letra dice: "Los bienes del hijo mientras esté en la patria potestad se dividen en dos clases: I. Bienes ' que adquiere por su trabajo; II. Bienes que adquiere por cualquier otro título."

Los primeros pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo. Esta facultad está sujeta a determinadas restricciones, así el artículo 488 prevee que cuando por la ley o por la voluntad del padre el hijo tenga la administración de los bienes se ' le considera respecto de la administración como emancipado, con la restricción que la ley establece para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

La segunda clase de bienes la propiedad y la mitad del usufructo corresponde a los padres o a quien ejerza la patria potestad.

4.5 FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION LEGAL.

En éste apartado analizaremos tres cuestiones que resultan relevantes: a. La ausencia de actos preliminares, b. El funcionamiento propiamente dicho de la administración legal, y c. El término de la administración legal.

4.5.1 AUSENCIA DE ACTOS PRELIMINARES.

La administración de los bienes del hijo corresponde al padre de pleno derecho, sin necesidad de formalidad alguna para entrar en posesión de su función. Cabe recordar que en otra institución de representación de menores, como lo es la tutela, el tutor al inicio de su gestión está obligado a asegurar la integridad patrimonial de incapaz a través de dos providencias que establece expresamente nuestro Código Civil, a saber: la caución y el inventario.

Nosotros estamos de acuerdo en principio con que al padre administrador se le libere de éstas obligaciones (caución e inventario) sobre todo si tomamos en cuenta los lazos afectivos que unen a padres e hijos, y el interés que los primeros tienen en preservar el patrimonio del menor.

No obstante lo anterior, consideramos que sería conveniente establecer un caso de excepción, tal y como lo hace el propio legislador al tratar el usufructo legal en la patria potestad; así, cuando el padre sea administrador legal de los bienes de sus hijos y se encuentre dentro de la misma situación del usufructuario quebrado o concursado o que contraiga ulteriores nupcias, deberá prestar fianza para garantizar el buen manejo de los bienes del menor o menores sujetos a él (artículo 487). Lo anterior, evitaría que en el caso en que el patrimonio del menor esté en posible peligro, éste se derroche, pues ya estaría garantizado de alguna forma.

4.5.2 FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION LEGAL.

Es evidente la libertad que tienen los que ejercen la patria potestad en su carácter de administradores legales. Sin embargo, con relación a ciertos actos la ley establece limitaciones. Veamos cuales son éstas y qué actos comprende la administración legal de bienes en la patria potestad.

4.5.2.1 ACTOS QUE EL ADMINISTRADOR LEGAL PUEDE REALIZAR LIBREMENTE.

Los que ejercen la patria potestad están facultados para realizar libremente actos de administración, los cuales implican como lo vimos todo acto conservatorio del patrimonio y los que tienen por objeto acrecentar sin riesgo la cuantía de éste.

Son actos de administración en la patria potestad: a. El Arrendamiento. Tal facultad no es sin embargo absoluta, la ley limita en cuanto al plazo del contrato la facultad de arrendar, no permitiendo que los padres puedan arrendar por más de cinco años los bienes del menor (artículo 489, segunda parte).

b. Enajenación de bienes muebles. Este apartado reviste una importancia fundamental para nosotros, por lo que lo estudiaremos ampliamente.

Son bienes muebles aquellos que por su naturaleza pueden trasladarse de un lugar a otro, ya sea por sí mismo o por una fuerza exterior. También se consideran muebles por disposición de la ley obligaciones y derechos personales que tienen por objeto co-

sas muebles, las acciones de asociaciones y sociedades aún cuando a éstas pertenezcan algunos bienes inmuebles y los derechos de autor.

(43)

Nuestro Código Civil en su artículo 489 dispone: "Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que corresponden al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez competente."

Si interpretamos a contrario sensu el artículo en cita, resulta entonces que ^{los que ejercen} el padre administrador legal puede enajenar o gravar libremente los bienes muebles del menor excepto cuando se trate de bienes muebles preciosos.

Hagamos un poco de historia, en los antiguos derechos español y francés, la riqueza de una persona estaba constituida por bienes inmuebles de larga duración y capacidad productiva (así estaban y están considerados), que por ende gozaban de mayor protección jurídica; considerándose en cambio los muebles como viles, sin importancia, cosas que no merecían la misma protección que los inmuebles. De ahí el adagio: res mobilis, res vilis (cosa mueble cosa vil), derivado del estado de la industria y del comercio en la Edad Media.

(44)

(43) Diccionario Jurídico Mexicano. Ob. cit. p. 287.

(44) De Ibarrola, Antonio. Cosas y Sucesiones. Edic. 6ª. Ed. Porrúa. México, 1982. pp. 95 y 96.

En la actualidad la riqueza mobiliaria ha adquirido una importancia fundamental, con lo que nuestra legislación no se encuentra aún a tono: se nota por el contrario, la preocupación del legislador de proteger, como siempre, únicamente a los inmuebles, salvo cuando estamos en presencia de muebles preciosos.

Nosotros nos manifestamos en total desacuerdo con tal situación, ya que puede ser que el patrimonio del menor se encuentre constituido total o parcialmente por bienes muebles, que si bien quizás no estén comprendidos dentro del grupo de los preciosos, impliquen una fortuna considerable y los cuales no cuentan con ninguna garantía jurídica ya que pueden ser enajenados sin formalidad legal alguna.

Por otra parte, la referencia que hace nuestro Código Civil a los muebles preciosos no plantea otra cuestión que la siempre difícil determinación de qué se entiende por mueble precioso. Si recurrimos a la legislación nada encontramos, la jurisprudencia guarda silencio y los tratadistas que excepcionalmente se ocupan de ello, si bien intentan mostrar su contenido, a nada claro llegan.

En razón a lo anterior consideramos que con el objeto de otorgar una protección más amplia y por otra parte, para evitar confusiones se sustituya el término "mueble precioso" y se establezca en su lugar la enajenación y gravamen de los muebles que excedan a cierto número de veces de salarios mínimos.

Este sistema como sabemos, es el que han adoptado últimamente la mayoría de las legislaciones, en razón a las constantes variaciones económicas que se dan en nuestro país y el cual creemos el más adecuado, dado que se actualiza constantemente, es decir, no envejece, evoluciona adecuándose a cada momento.

Tales enajenaciones o gravámenes de bienes muebles se sujetarán cuando excedan a cierto número de veces de salarios mínimos a las reglas existentes para la enajenación ó gravamen de bienes inmuebles.

Procedimiento para la enajenación de bienes muebles. El Código de Procedimientos Civiles en su libro IV, titulado "Jurisdicción Voluntaria", Título Unico, Capítulo III regula el procedimiento para la enajenación de bienes de menores o incapacitados.

Cabe aquí un breve comentario en cuanto a la incorrecta denominación de éste apartado, por lo que hace a la utilización del término "enajenación" el cual implica la transmisión del dominio de una cosa por cualquiera de los modos que el derecho reconoce.

Nuestro derecho mexicano contempla los siguientes contratos traslativos de dominio, a saber: La compraventa, la cesión de derechos y acciones, el censo reservativo, la permuta, la donación, y el mutuo.

El procedimiento que regula el título al que hacemos alusión se refiere exclusivamente a la venta de bienes, con exclusión de los

otros modos de transmisión del dominio, por lo que consideramos es más adecuado hablar de venta y no de enajenación quedando su título: "Procedimiento para la venta de bienes de menores o incapacitados."

Dicho apartado inicia su reglamentación con el artículo 720 estableciendo que: "Será necesaria licencia judicial para la venta ' de bienes que pertenezcan exclusivamente a menores o incapacitados y correspondan a las clases siguientes: 1. Bienes raíces; 2. Derechos reales; 3. Alhajas y muebles preciosos; y 4. Acciones ' de Compañías Industriales o Mercantiles cuyo valor exceda de cinco mil pesos."

Como vemos éste dispositivo legal regula tanto la enajenación de muebles, como la de los bienes inmuebles. Sin embargo, en las siguientes cuestiones no estamos de acuerdo.

En primer término creemos que el sistema enunciativo seguido por el legislador al redactar el precepto en comento no es el más ' idóneo.

Angel Caso hace resaltar los defectos de las enumeraciones: si limitativas, resultan injustas; si expositivas o explicativas ' vienen a ser inútiles y peligrosas. Lo primero, porque si todo ' quiere comprenderse ¿para que se enumera? Y peligroso, por que se corre el riesgo de olvidar algo que generalmente no se achaca al olvido, sino a la intencionada omisión. Sabemos además, que no ' bien se ha terminado la enumeración, ya resulta envejecida.

El artículo en cita al enumerar, efectivamente resulta limitativo, pues incurre en el error de pasar por alto diversas situaciones, aquí sí por intencionada omisión, pues el propio legislador en el Código Civil excluye como vimos, casi toda reglamentación para con los bienes muebles que no sean preciosos.

Así, comprende solo los bienes muebles que caben dentro del grupo de los derechos reales (que son muebles cuando recaen sobre un bien mueble), de las alhajas y muebles preciosos y de las acciones de compañías industriales o mercantiles cuyo valor exceda de cinco mil pesos.

Este sistema como dijimos nos parece limitativo e injusto, porque excluye bienes muebles que tienen en nuestra época un valor considerable, que debe reflejarse y reconocerse en la propia ley y que de acuerdo a la realidad de nuestro derecho se enajenan sin ninguna formalidad. Por ejemplo: Los muebles contemplados por las fracciones I, III y IV del artículo 798 del Código Civil o bien, los enumerados por el artículo 802 del mismo ordenamiento legal, etc.

Por lo anterior consideramos que al igual que proponemos para el Código Civil, se cree un nuevo precepto que sujete al requisito de autorización judicial y demás formalidades, que exige éste capítulo a la venta de bienes muebles que exceda de cierto número de veces de salario mínimo.

Independientemente del requisito de autorización judicial, nues-

tro Código de Procedimientos Civiles contempla otros dos requisitos más: La justificación de la absoluta necesidad o la evidente utilidad que el artículo 721 de dicho ordenamiento contempla en el sentido de que: "Para decretar la venta de bienes se necesita que al pedirse, se expresen el motivo de la enajenación, y el objeto a que debe aplicarse la suma que se obtenga, y que se justifique la absoluta necesidad o la evidente utilidad de la enajenación."

Y por otra parte, que dicha enajenación se realice por medio de subasta pública (tercer requisito). "Respecto de las alhajas y muebles preciosos, reza el artículo 722, el juez determinará si conviene o no la subasta, atendiendo en todo a la utilidad que resulte al menor, si se decreta, se hará por conducto del Monte de Piedad; de lo contrario, se procederá conforme al artículo 545."

Como vemos el requisito de la subasta pública se deja a la libre determinación del Juez de Primera Instancia que conozca y cuando se decreta se realiza a través del Monte de Piedad.

El problema que en primer término se plantea aquí es que en éste Partido Judicial no existe el Monte de Piedad, habría que ver entonces como se realiza la venta en tales circunstancias.

Por otra parte cuando la venta no se realiza por vía de subasta nos remiten expresamente al procedimiento para la enajenación de bienes muebles embargados. Así el artículo 545 del Código de Pro

cedimientos Civiles que alude al remate de bienes muebles señala: "Cuando los bienes cuyo remate se haya decretado fueren muebles, se observará lo siguiente: I. Se efectuará su venta, siempre de contado, por medio de corredor o casa de comercio que expendan objetos o mercancías similares, haciéndoles saber su precio, para la busca de compradores, que será igual a las dos terceras partes del valor fijado por peritos o por convenio de las partes;

II. Si pasados diez días de puestos a la venta, no se hubiere logrado ésta, el juez ordenará una rebaja del diez por ciento del valor fijado primitivamente, y, conforme a ella, comunicará al corredor o casa de comercio el nuevo precio de venta, y así sucesivamente cada diez días, hasta obtener la realización;

III. Efectuada la venta, el corredor o casa de comercio se entregarán los bienes al comprador, otorgándosele factura correspondiente, que firmará el ejecutado o el juez en su rebeldía;

IV. En cualquier tiempo, después de ordenada la venta, puede el ejecutante pedir la adjudicación de los bienes, por el precio que tuvieren señalado al hacer la petición, eligiendo los que basten para cubrir su crédito, según lo sentenciado;

V. Los gastos de corretaje o comisión serán de cuenta del deudor y se deducirán preferentemente del precio de venta que se obtenga; y

VI. En todo lo demás se estará a las disposiciones de éste Capítulo lo."

La característica principal de la venta de bienes muebles es que no es la autoridad judicial la encargada de llevarla a cabo, su intervención se limita a consignar o entregar los bienes al co-

redor o casa de comercio, para que esos se encarguen de la venta. Esto significa que en tanto que los bienes inmuebles se venden judicialmente, los bienes muebles son vendidos por el corredor o la casa de comercio a quien la autoridad judicial haya con signado dichos bienes para tal objeto.

En éste procedimiento como en el de la venta de inmuebles, no es tamos de acuerdo, resulta injusto que al menor propietario de bienes muebles se le trate como se le trataría a un deudor moroso al cual ante el incumplimiento de una obligación, se le embar gan bienes rematándosele éstos o vendiendolos de la forma antes descrita, consideramos que es necesario que para la venta de bienes muebles pertenecientes a menores o incapacitados se cree un procedimiento especial que le produzca más beneficios que éste y que no le impli que tantos gastos como lo exige el actual procedimiento.

4.5.2.2 ACTOS PROHIBIDOS.

Estos responden a la idea del acto de disposición, que como vimos rebasan el límite de facultades de un administrador.

a. Los padres dice el segundo párrafo del artículo 489 "no pueden vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta..."

b. Los padres no podrán hacer donación de los bienes de los hi-

jos. La donación es un acto de liberalidad, y es elemental que sólo quien es propietario de la cosa pueda realizar actos de ésta naturaleza.

c. Tampoco podrán dar fianza en representación de los hijos.

d. Ni hacer remisión voluntaria de los derechos de éstos.

e. No podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años.

4.5.2.3 ACTOS QUE REQUIEREN DE UNA FORMALIDAD ESPECIAL.

a. La enajenación o gravamen de bienes inmuebles. Por bienes inmuebles entendemos aquellos que no pueden ser trasladados de un lugar a otro; la fijeza es lo que les dá ese carácter en principio. Sin embargo, en el Derecho Moderno, los hay también por su destino o por el objeto al cual se aplican.

(45)

Así "Los que ejercen la patria potestad, dispone el artículo 489 no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez competente."

(45) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. III. Edic. 6ª. Ed. Porrúa. México, 1983. p. 273.

Aquí nos encontramos con una justificada restricción a las facultades de los padres, sobre todo si consideramos que los inmuebles constituyen la base más sólida de un patrimonio. Sin embargo, consideramos que el procedimiento a seguir para la venta de inmuebles de menores sujetos a patria potestad, no es el medio más adecuado, al contrario, creemos que resulta perjudicial para el patrimonio del menor, veamos a continuación la razón.

Como se desprende de la lectura del artículo 489 ya transcrito, y de la reglamentación existente en el Código de Procedimientos Civiles vigente en la Entidad, para la venta de bienes de menores o incapacitados, tres son los requisitos fundamentales: a. Justificar la absoluta necesidad o el evidente beneficio que la venta implica para el menor.

b. Obtener la autorización judicial correspondiente. Así lo dispone el artículo 720 del Código de Procedimientos Civiles vigente al señalar: "Será necesaria licencia judicial para la venta de bienes que pertenezcan exclusivamente a menores o incapacitados y correspondan a las clases siguientes: 1. Bienes raíces, 2. Derechos Reales..." Los Derechos reales se consideran inmuebles cuando recaen sobre inmuebles.

c. Seguir el procedimiento indicado por el Código de Procedimientos Civiles. Analicemos éste tercer requisito.

Como se desprende de la lectura del artículo 489 del Código Civil ya transcrito con anterioridad, dos son exclusivamente los

requisitos para la venta de un bien inmueble. Sin embargo, no obstante lo anterior el Código de Procedimientos Civiles al parcer agrega un tercer requisito, ya que su artículo 725 dispone en su parte conducente: "El incidente se substanciará con el Ministerio Público y con un tutor especial que, para el efecto; nombre el juez desde las primeras diligencias. La base de la primera almoneda, si es bien raíz será el precio fijado por los peritos, y la postura legal no será menor de los dos tercios de ese precio."

Tal parece según se desprende de éste precepto que hay otro requisito para la venta de un bien inmueble perteneciente al menor sujeto a patria potestad: El remate judicial en pública subasta. Sin embargo, en ningún dispositivo legal encuentra fundamento éste artículo, no hay disposición expresa en el Código de Procedimientos Civiles ni mucho menos en el Código Civil que establezca que la vía para la venta de un inmueble del menor sea el remate judicial. Entonces, como es que éste dispositivo del Código adjetivo habla de incidente (que creemos como es lógico suponer es el de remate) y por otra parte, fija las bases del mismo.

En éste punto consideramos hay cierta contradicción legislativa. En el Código Civil al reglamentarse la tutela (que es otro órgano de representación) se establece claramente, sin lugar a dudas los requisitos para la realización de la venta de un inmueble perteneciente a un incapaz. Aquí si la posición de nuestro derecho es que se saquen los bienes a la venta a través de remate judicial en pública subasta y lógicamente el Código Procesal Civil

regula el procedimiento correspondiente.

Por lo que corresponde a patria potestad la situación es muy diferente: Nuestro Código Civil como señalamos, nunca se refiere a que la venta de los inmuebles se realice por medio de remate judicial en pública subasta, como lo hace en el capítulo relativo a la tutela y creemos que ésto es así no por olvido, sino por la intencionada omisión del legislador, pues resulta más perjudicial al menor sujeto a patria potestad que los bienes salgan a remate en almoneda o subasta pública, a que éstos se vendan únicamente observando los requisitos que señala el propio Código Civil.

El Remate, es en el fondo una pena, un procedimiento de coacción que se sigue en contra de aquel que no cumple con sus obligaciones pecuniarias para que con el producto del remate se haga pago al acreedor, y los menores no están en tal caso, ni mucho menos se les debe hacer sufrir las consecuencias de faltas que no han cometido: en los procedimientos de remate, además de las erogaciones que significan si a la primera almoneda no hubiere postores, se convoca a una segunda con la reducción del precio del avalúo y hasta una tercera. Todo ello vá en perjuicio del patrimonio del menor; por tanto consideramos que debe respetarse la determinación del Código Civil.

Por otra parte, tomando como punto de partida las ideas de Briseño Sierra que señala: "El Derecho procesal se presenta como accesorio o complementario del derecho privado, tanto que muchas ve-

ces se encuentran normas de Derecho Civil en las leyes procesales y reglas procesales en los estatutos civiles, no siendo insólito que tenga que acudir al Derecho Civil para complementar las normas procesales." En el caso, en efecto encontramos las reglas procesales aplicable en el propio derecho sustantivo y consideramos que si bien es cierto el Código Procesal es complementario del sustantivo, en éste punto está desbordando sus límites puesto que las reglas ya están dadas y no debe el Código de Procedimientos Civiles establecer en su artículo 725 las bases de un incidente que ni siquiera ha establecido expresamente como el medio para la venta de un inmueble perteneciente a un menor sujeto a patria potestad, puesto que como dijimos ya varias veces, el Código Civil proporciona los medios para la realización de la venta, y en éste caso el código adjetivo debe sujetarse a tales requisitos únicamente.

4.6 TERMINO DE LA ADMINISTRACION LEGAL.

La administración legal cesa, ya sea de manera absoluta; por extinción; ya sea de manera relativa; solo cambia la persona del administrador.

El régimen de la administración legal se extingue con la mayor edad del hijo o con motivo de su emancipación. Tales son los modos normales de la extinción de la administración legal. En el

(46) Derecho Procesal. Briseño Sierra, Humberto. Edic. 1ª. Ed. Cárdenas. México, 1969. p. 71.

primer caso, el hijo mayor tendrá toda la libertad necesaria para actuar a su gusto. En el segundo, realizará libremente los actos de administración y respecto de los otros deberá conformarse con las reglas establecidas para los menores emancipados.

Pero la administración legal desaparece en otras situaciones. La privación total de la patria potestad y la suspensión de los derechos de ésta, cuando no hayan ascendientes que los ejerzan dá lugar, a la extinción también de la administración legal.

Cambio de administrador. La administración se extingue en la persona de su titular pero, para renacer en la de su cónyuge o en la de un tercero en los casos previstos por la ley.

4.7 RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA ADMINISTRACION DE BIENES DEL HIJO.

En el artículo 494 del Código Civil se lee que a instancias de cualquier interesado, del menor, cuando hubiere cumplido catorce años o del Ministerio Público los jueces, pueden tomar las medidas necesarias para impedir que por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o disminuyan; finalmente el artículo 495 ordena que las personas que ejercen la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

La figura del "buen padre de familia" tomada del Derecho francés

es el criterio que ha servido para juzgar de la buena administración en la gestión de bienes ajenos.

Así de la interpretación de los artículos 494 y 495 de la legislación citada, se puede concluir que las personas que ejercen la patria potestad, están obligados a reparar los daños que se causen al menor sujeto a ella, por su mala administración y que teniendo en cuenta que la función de la patria potestad es el cuidado de la persona del hijo y la conservación de sus bienes, están obligados a reparar el daño (disminución patrimonial) y el perjuicio (falta de ganancia lícita que debiera haber obtenido el hijo) que causen al descendiente por los actos dañosos contrarios a la conservación del patrimonio del hijo, cuando no se han extremado la atención que un diligente padre de familia pondría en el cuidado y conservación de los bienes de su hijo.

4.8 DERECHO DE USUFRUCTO LEGAL.

Concepto. El usufructo legal es el derecho que asigna la ley a los padres para usar y gozar los bienes de los hijos menores no emancipados y de percibir para sí las rentas y frutos que ellos produzcan, a cambio de asegurar la manutención y educación de dichos hijos, proporcionada a aquellos bienes.

(47)

El usufructo legal se atribuye a quien tiene el ejercicio de la

patria potestad, es también un atributo de tal institución.

En cuanto a su fundamento, se afirma que el usufructo legal es una justa compensación de los desvelos y cuidados de los padres, y un resarcimiento de los gastos que irroga la educación, y en general, la manutención del menor.

La familia tal y como la concebimos en nuestra civilización occidental es una unidad solidaria, de tal suerte que todos -padres e hijos- deben contribuir en la medida de sus posibilidades al sostén y bienestar común. Sería contrario a la equidad y a la organización normal de un hogar, que uno de los hijos menores poseyera cuantiosas rentas, mientras que sus padres y hermanos, padecieran necesidades o simplemente se encontraran en una situación de inferioridad económica notoria.

4.8.1 NATURALEZA JURIDICA.

La naturaleza jurídica del derecho de usufructo legal es de carácter particular, por razón de su afectación familiar.

Se trata de una institución regida por normas propias y de acuerdo por lo dispuesto en el artículo 487 del Código Civil, por aquellas que se aplican al derecho real de usufructo, cuando fueren compatibles con su espíritu.

En realidad, se trata aquí de un usufructo especial, que la ley somete con el nombre de usufructo legal a un estatuto excepcio-

nal, porque es inherente a la patria potestad, uno de cuyos principales atributos constituye; se trata de un usufructo apropiado concebido sobre tipo familiar, que no es válido, sino en el círculo de la familia, fuera de cuyos límites perdería su razón de ser.

4.8.2 CARACTERES.

En razón a lo anterior, el usufructo legal tiene los siguientes caracteres: a. Es un derecho de carácter universal, es decir, recae sobre la totalidad de los bienes del hijo, salvo aquellos exceptuados expresamente por la ley.

b. Al ser un atributo de la patria potestad, tiene un carácter 'marcadamente familiar. "Se puede reconocer -escribe Jossierand- ' que se encuentra en cierto modo establecido sobre el derecho de familia y sobre el derecho de los bienes; no penetra en el patrimonio sino por vía de la patria potestad." Derecho pecuniario al fin de cuentas, pero unido estrechamente a la persona y destinado a un objeto preciso. (48)

c. Es intransmisible, es decir, inseparable de la patria potestad, que tampoco puede cederse, y del cual constituye, como señalamos uno de sus atributos.

d. Es inembargable. En el sentido de que los productos de los '

(48) Jossierand, Louis. Derecho Civil. Ed. Bosch. Argentina, 1952. p. 281.

bienes del hijo no pueden ser embargados por los acreedores personales del padre o de la madre, en la medida en que corresponden a la manutención y educación de los hijos.

e. Está fuera del comercio. El usufructo como derecho fundamental, no es susceptible de enajenación, ni gravamen, sea a título gratuito u oneroso, sin embargo, nada impide que los productos que de él se obtengan, puedan enajenarse, pues una vez obtenidos y cubiertas las cargas que su percepción impone, son de la exclusiva propiedad del padre, que puede hacer de ellos lo que mejor le convenga.

f. En compensación, el usufructo legal, no tiene como el ordinario, la obligación de dar fianza, salvo lo dispuesto por el Código, ya que se emplea en beneficio de los propios hijos.

g. Es irrenunciable. El Derecho de usufructo no puede ser objeto de renuncia, por tratarse de un derecho inherente a la patria potestad. En éste caso la renuncia del usufructo hecha en favor de los hijos se considera como donación; pero referida exclusivamente a los productos que de ese derecho se obtengan.

4.9 BIENES SOBRE LOS CUALES RECAE.

En principio, el usufructo paterno es universal, recae sobre todos los bienes del hijo menor de edad no emancipado, sean éstos muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, consumibles por el primer uso o no, con la sola excepción de los que expresamen-

te sean excluidos por la ley.

Están excluidos del derecho de usufructo legal: a. Los bienes que el hijo adquiera por su trabajo. Los ingresos del trabajo de los hijos están sustraídos al usufructo del padre. El dinero ganado por el hijo es intangible, le corresponde libre de toda carga.

b. Los bienes que son donados, heredados o legados al hijo con la expresa condición de que los padres no gocen de ellos (con cláusula de exclusión). Los bienes que el hijo adquiere a título gratuito, están sometidos al derecho de usufructo paterno, pero depende del donador o testador decidir cosa distinta, puesto que la ley respeta la voluntad del donante o testador. Lo anterior, lo afirmamos con fundamento en lo que dispone el artículo 483, el cual a la letra señala: "En los bienes de la segunda clase (bienes que el hijo adquiera por cualquier otro título), la propiedad y la mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia legado o donación y el testador o donante han dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto por el testador o el donante."

Creemos que en éste caso, la ley permite que se impida a los padres del goce de éste derecho, ante el temor de privar al hijo de una liberalidad que un tercero está dispuesto a hacerle, pero sin la intención de beneficiar a los padres.

En conclusión, el usufructo de todos los bienes cuyo goce esté ' excluído el padre corresponde al hijo.

4.10 ATRIBUCION DEL DERECHO DE USUFRUCTO LEGAL.

El Derecho de usufructo legal corresponde a las personas que ' ejercen la patria potestad, esto se deriva del contenido del artículo 483 del Código Civil cuando señala en su parte conducente "... la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad..."

Sin embargo, se discute si el usufructo corresponde exclusivamente al padre que ejerce la patria potestad o por el contrario, am los padres conjuntamente. La cuestión interesa sobre todo cuando las rentas del menor son importantes y exceden las cargas lega-' les. ¿A quién pertenece el excedente?

En nuestro derecho cuando la patria potestad de los hijos se ' ejerce dentro de matrimonio, dispone el artículo 207 del Código Civil que "los que ejerzan la patria potestad se dividirán entre sí por partes iguales la mitad del usufructo de los bienes de ' sus hijos." Cabe hacer la aclaración que éste dispositivo legal se refiere al matrimonio habido bajo el régimen de separación de bienes. Tratándose de Sociedad legal, si bien nuestro código no contiene disposición expresa al respecto, consideramos que el ex' cedente del usufructo legal irá a la comunidad de bienes de tal sociedad.

En el divorcio, si la causa que dá origen a este trae consigo la pérdida o la suspensión de la patria potestad, en la misma medida el cónyuge culpable pierde o queda suspendido su derecho de usufructo legal. Sería injusto que se dejara gozar al cónyuge por cuya culpa procedió el divorcio del derecho de usufructo y sobre todo hay que recordar que éste derecho es inherente a la patria potestad, es un atributo de ésta de tal suerte que una vez perdida o suspendida el mismo destino corre el usufructo legal.

Para el caso de reconocimiento de hijos habidos fuera de matrimonio, se plantean diversas situaciones. Hemos dicho que nuestro sistema jurídico mexicano equipara al hijo natural con el legítimo, al otorgarle los mismos derechos y obligaciones. Por consiguiente, el padre o la madre que reconozcan al hijo natural, tendrán las mismas obligaciones y facultades que la ley impone al padre o a la madre respecto de los hijos habidos en matrimonio.

Así, si el reconocimiento se lleva a cabo simultáneamente por ambos padres y viven juntos no habrá problema ya que los dos ejercerán la patria potestad y consideramos que el derecho de usufructo legal les corresponde a ambos por partes iguales; pero si viven separados y el reconocimiento lo hacen simultáneamente, determinarán quien de ellos ejercerá la patria potestad; si no se pusieren de acuerdo, el juez resolverá, tomando en cuenta lo más benéfico para el menor. En éste caso el usufructo queda sujeto a la voluntad de las partes o en su defecto a la determinación judicial.

Para el caso de reconocimiento sucesivo, ejercerá la patria potestad y por ende, tendrá derecho al usufructo, el primero que hubiere reconocido al hijo, salvo convenio en contrario.

4.11 PRERROGATIVAS Y CARGAS QUE IMPLICA EL DERECHO DE USUFRUCTO LEGAL.

Al régimen jurídico del usufructo legal, se aplican las reglas habidas para el usufructo ordinario, tanto en lo relativo a las prerrogativas como en lo relacionado a las cargas.

Así, el padre usufructuario tiene el derecho de percibir todos los frutos, sean naturales, industriales o civiles, y en general tiene todos los derechos que corresponden al usufructuario ordinario.

Por lo que concierne a las cargas, el padre usufructuario legal tiene las siguientes obligaciones: a. Tiene que hacer inventario de los bienes del hijo, haciendo tasar los muebles y constar el estado en que se hayan los inmuebles (artículo 1103); desde el momento en que incumbe al progenitor las mismas obligaciones del usufructuario ordinario, está obligado a hacer inventario de los bienes del menor, esto, en salvaguarda de la integridad de su patrimonio.

Sin embargo, a causa de las estrechas relaciones de parentesco con el nudo propietario, el usufructuario legal está dispensado de prestar fianza, salvo lo dispuesto por el artículo 487 que es

tablece: "El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el Capítulo II del título sexto, y además las impuestas a los usufructuarios con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes: I. Cuando los que ejerzan la patria potestad hayan sido declarados en quiebra o estén concursados; II. Cuando contraigan ulteriores nupcias; III. Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos."

Como vemos, solo en los casos en que se pueda considerar un peligro para el patrimonio del menor la ley exige la garantía; ya que sería injusto que se impusiera al usufructuario, que no goza del usufructo sino para emplearse en beneficio del hijo, la obligación de otorgar fianza, en todo caso, el usufructo es, por sí una carga, justo es que no se aumente su peso con una más.

Junto a éstas cargas de derecho común, el poseedor del usufructo legal conoce cargas suplementarias que se explican por el origen y razón de ser de su derecho y son: 1. La alimentación, sostenimiento y educación de los hijos en proporción a su fortuna.

Hay que recordar, que los padres tienen ya una obligación de alimentación con el hijo, la obligación a la que nos referiremos aquí es completamente distinta. Porque, primero a diferencia de aquella, ésta existe en el caso de que el hijo menor tenga recursos personales. Entendiéndose que entre ambas existe una relación de interdependencia; así en la medida en que ésta se ejecuta, con los recursos económicos del hijo, la primera a la cual

los padres deben atender con sus propios recursos, se encuentra reducida por tanto.

Por otra parte, es preciso observar y ésta es la segunda diferencia, entre ambas obligaciones paralelas, que la obligación del artículo 487 representa una carga derivada del usufructo legal, e implica la obligación a cargo del usufructuario de hacer frente a la situación con los recursos o fortuna de los hijos, y no con los propios como en el caso del artículo 357, ya citado.

4. 12 EXTINCION DEL DERECHO DE USUFRUCTO LEGAL.

Las causas de extinción del usufructo legal son de naturaleza muy variada, ello se desprende de la lectura del artículo 491 de nuestro Código Civil que preceptúa: "El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad se extingue:

- I. Por el matrimonio o la mayor edad de los hijos;
- II. Por la pérdida de la patria potestad; y
- III. Por renuncia.

El artículo en comento reglamenta exclusivamente los modos particulares de extinción del usufructo legal. Sin embargo, podemos encontrar otras causas de extinción de éste derecho, como son las que ponen fin a un usufructo ordinario y las cuales se aplican en cuanto no se opongan al precepto especial antes invocado.

La extinción del usufructo legal origina dos obligaciones a cargo del padre usufructuario: 1. Restituir la cosa; y 2. Responder

NO SE PUEDE USAR
EN LA BIBLIOTECA

de los perjuicios que se le hayan causado por culpa del usufructuario.

CAPITULO V
DE LOS MODOS DE ACABARSE, PERDERSE Y SUSPENDERSE
LA PATRIA POTESTAD

Recordemos que la patria potestad se ejerce por los padres, como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, destinado fundamentalmente a la educación y al cuidado del menor, sin embargo, las ventajas y los derechos que componen la patria potestad no se han conferido a los padres en su provecho personal, sino en interés del hijo; están subordinados a ciertas condiciones y tienen un fin determinado. Si no se alcanza este fin, si los padres no cumplen con sus deberes, no tienen ya razón de ser las facultades que les corresponden, debiéndose privar de ellas.

Nuestro Código Civil reglamenta en su título octavo, capítulo III, "Los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad"; denominación que nos parece inadecuada e incompleta, toda vez que en el presente capítulo se reglamenta no sólo la suspensión y la extinción de la patria potestad, sino también los modos por virtud de los cuales se pierde; de tal suerte que creemos más correcto titularlo: "De los modos de acabarse, perderse y suspenderse la patria potestad."

Al respecto es conveniente hacer notar que las palabras extinción, pérdida y suspensión, implican tres ideas muy diferentes; lo que nos lleva a establecer brevemente a que se refieren cada uno de éstos tres conceptos.

La patria potestad se extingue o acaba, cuando carece en lo absoluto de razón de ser, siendo su desaparición total y definitiva; la pérdida obedece a causas generalmente imputables a las personas que la ejercen implicando la extinción de modo prematuro y definitivo de éste derecho, pero únicamente con relación a la persona que la ha perdido, ya que si existen otras personas de las mencionadas por la ley que puedan ejercerla, entonces el menor seguirá sujeto a ésta institución, pero su ejercicio quedará a cargo de otra persona, o bien, en ciertos casos en que por la suspensión de la patria potestad, denota que de modo temporal es privado de su ejercicio o el padre o ascendiente que lo tenía.

5.1 EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.

Tomando en consideración que la palabra extinción significa terminar o llegar al fin de algo, podemos definir la extinción de la patria potestad, como el fin de los derechos y obligaciones que se tenían respecto de un menor de edad no emancipado.

Rafael De Pina señala al respecto que "la patria potestad se acaba cuando sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir."

(49)

Estamos de acuerdo con ésta opinión, pues consideramos que la ex

(49) De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Edic. 4ª. Ed. Porrúa. México, 1970. p. 358.

Extinción de la patria potestad, se dá siempre en forma natural a excepción del caso en el cual el menor contrae matrimonio con el consentimiento de los padres o de quien ejerza la patria potestad sobre él.

En éste orden de ideas, establece el artículo 496 de nuestro Código Civil que: "La patria potestad se acaba: I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; II. Con el matrimonio del sujeto a ella; III. Por la mayor edad del hijo. Analicemos cada uno de éstos apartados.

5.1.1 POR MUERTE DE QUIEN LA EJERCE.

La extinción de la patria potestad obedecer a causas naturales, como son: la muerte de los padres, de los abuelos paternos o bien, de los abuelos maternos.

Por ser éstas las únicas personas que pueden ejercerla según lo dispone el artículo 468, es lógico suponer, que cuando ya no viva ninguna de éstas personas, la patria potestad se extingue, no pudiendo ejercerla nadie más. Sin embargo, por su poca experiencia el hijo necesitará en tales casos de una persona que los represente, administre, dirija, y atienda en cuyo caso se le designará un tutor.

La muerte del hijo. Aún cuando no está contemplada por ésta fracción, es un caso en el cual al dejar de existir el sujeto sobre el que se ejerce la patria potestad, ésta ya no tiene ninguna ra

zón de ser.

5.1.2 CON EL MATRIMONIO DEL SUJETO A ELLA (EMANCIPACION).

En lo referente a éste punto la Dra. Sara Montero Duhalt señala:
 "La emancipación por matrimonio significa que el menor que se ca
 sa sale de la patria potestad."

(50)

Es adecuada ésta disposición, toda vez que si se consideró al me
 nor capaz de contraer una obligación tan delicada como lo es el
 matrimonio, el cual implica una responsabilidad francamente se-
 ria, básicamente en cuanto se refiere a la facultad que se otor-
 ga de administrar un patrimonio, resultaría ilógico que el hijo
 emancipado por matrimonio siguiera sujeto a patria potestad y
 que al desaparecer ésta situación regresara el menor al cuidado
 de sus padres o ascendientes.

5.1.3 POR LA MAYOR EDAD DEL HIJO.

Si la patria potestad se instituye tomando en consideración la
 menor edad de los hijos, es de suponer que la misma se extingue
 una vez que éstos alcanzan la mayor edad. Es ésta la forma de
 terminación normal de la patria potestad. Sin embargo, en el ca-
 so de que el hijo siguiera siendo incapaz, el padre seguirá sien-
 do su representante y administrador, pero ya no a título de pa-
 dre, sino de tutor.

(50) Montero Duhalt, S. Ob. cit. p. 354.

5.2 PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad como poder confiado a manos humanas, puede ser ejercido abusivamente. Hemos visto que por razones económicas y morales fueron éstos abusos frecuentes en el siglo XIX y se multiplicaron posteriormente. La sociedad no debe permitir hechos indignantes; tiene el deber de intervenir e interviene.

La mayoría de las legislaciones siguiendo ésta tendencia de protección a los hijos sometidos a la patria potestad, conceden a los tribunales facultades bastantes para imponer la privación de la patria potestad, bien como pena o como consecuencia de un procedimiento civil.

El ejercicio de la patria potestad se pierde, cuando los padres no cumplen con las obligaciones y derechos que les corresponden, sin perjuicio de hacerlos acreedores, de acuerdo a la gravedad del incumplimiento a la imposición de una pena privativa de libertad, en éste caso, la patria potestad cesa a consecuencia de faltas graves de los padres por vía de sanción, sin que ello implique la pérdida del derecho, sino propiamente la pérdida del ejercicio.

La patria potestad se pierde, señala el artículo 497: I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de éste derecho, o cuando es condenado por delito grave; II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 337; III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, ma

los tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; IV. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, por más de seis meses; V. Porque el que la ejerza viva en estado de concubinato, a menos que se trate de hijos nacidos en el concubinato.

5.2.1. CUANDO EL QUE LA EJERZA ES CONDENADO POR DELITO GRAVE.

La ley considera indigno de ejercer la patria potestad a todo individuo que cometa delitos que de algún modo afecten la familia, y más aún, cuando esos delitos los cometa en la persona del menor sujeto a patria potestad.

Para entender el alcance de ésta primera fracción, veamos que se entiende por delito grave, ya que la ley no señala específicamente cuales son esos delitos graves o qué debemos entender por delito grave.

Al respecto Manuel Herrera Lasso señala que deben considerarse como delitos graves "a aquellos delitos respecto de los cuales niega la Constitución garantía caucional." (51)

En el mismo sentido en el artículo 20 fracción de nuestra Consti

(51) Herrera Lasso, Manuel. Derecho Constitucional Mexicano. Edic. 4ª. Ed. Porrúa. México, 1958. p. 521.

tución, interpretado a contrario sensu se establece que por delito grave se entiende a aquel que merezca ser castigado con una pena, cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión.

Como consecuencia de lo anterior, podemos afirmar que aunque el delito cometido por la persona que ejerza la patria potestad no sea en contra de la persona del propio menor sujeto a su cargo, bastará que el juez civil a petición de parte y previo procedimiento respectivo, prive al sujeto del ejercicio de la patria potestad de manera definitiva.

5.2.2 EN LOS CASOS DE DIVORCIO, TENIENDO EN CUENTA LO ESTABLECIDO POR EL CODIGO AL RESPECTO.

La fracción I del artículo 337 a que hace referencia el apartado en comento, fija la situación de los hijos en casos de divorcio. Estableciendo que cuando la causa de divorcio estuviera comprendida en las fracciones I (Adulterio), II (Nacimiento de un hijo judicialmente ilegítimo, fuera de matrimonio), III (La propuesta del marido para prostituir a la mujer...), IV (La incitación o violencia hecha por un cónyuge a otro para cometer un delito...) V (Los actos inmorales ejecutados por el marido o la mujer, con el fin de corromper a los hijos...), VIII (Separación del hogar conyugal por más de seis meses sin causa justificada), XIV (La comisión de un delito que implique deshonor para el otro cónyuge...) y XV (Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes...) del artículo 323,

los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueran culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiera se nombrará un tutor.

El principio general reconocido en la mayoría de los Códigos tratándose de divorcio es el de privar o suspender al cónyuge culpable de la patria potestad sobre los hijos y concederla al inocente. Como vemos nuestro Código Civil sigue ésta tendencia predominante.

Para éstas causales de divorcio contenidas en la primera fracción del artículo 323 la sanción es la pérdida definitiva de la patria potestad, aún cuando muera después el cónyuge inocente. Caso en el cual pasa la patria potestad a los abuelos y a falta de ellos los menores quedarán sujetos a tutela.

En base a lo anterior, deberán ser causas de divorcio muy graves ciertos delitos o ciertos hechos inmorales; los que se sancionen con la pérdida definitiva de la patria potestad sin posibilidad alguna de recuperación, y en efecto todas las causales transcritas comprenden éste tipo de hechos, excepto una, se advierte que en el caso de la fracción XVI cuya sanción es la suspensión de la patria potestad existen las mismas razones que las que tomó en cuenta el legislador en la fracción XIV para privar definitivamente al cónyuge de la patria potestad, o sea, cuando se comete un delito contra terceros. Más aún, para el ejercicio de la patria potestad tiene mayor trascendencia que el delito se come-

ta de un cónyuge al otro y no contra terceros, y sin embargo, en éste último caso la sanción es la pérdida de la patria potestad. Al respecto señala Rojina Villegas que "Desde el punto de vista humano puede ser mejor padre o madre para educar a sus hijos, para protegerlos, el que comete un delito contra tercero y no el que cometió un delito contra el otro cónyuge."

(52)

Por lo anterior consideramos es de reconsiderarse la posición de el legislador en éste punto o bien ambas originan la suspensión si así se considera, o bien desde nuestro particular punto de vista la causal que comprende la comisión de delito contra tercero debe ameritar la suspensión, y la comisión de un delito contra el cónyuge debe corresponderle como sanción la pérdida de la patria potestad. Esta posición nuestra es si se quiere un tanto superficial, pero en razón a que el tema del presente trabajo es la patria potestad y no el divorcio no profundizamos en el tema, sobre todo tratándose de otras causales como el divorcio.

5.2.3 CUANDO POR LAS COSTUMBRES DEPRAVADAS DE LOS PADRES, MALOS TRATAMIENTOS O ABANDONO DE SUS DEBERES PUDIERA COMPROMETER SE LA SALUD, LA SEGURIDAD O LA MORALIDAD DE LOS HIJOS, AUN CUANDO ESOS HECHOS NO CAYEREN BAJO LA SANCION DE LA LEY PENAL.

Dos son los supuestos que integran el presente párrafo, a saber:
1. Que quien ejerza la patria potestad tenga costumbres deprava-

das, dé malos tratamientos a los hijos ó abandone sus deberes para con ellos; y 2. Que por alguno de los supuestos anteriores pudiera comprometerse la salud, seguridad o la moralidad de los hijos. A continuación estudiamos cada uno de éstos elementos.

Por las costumbres depravadas de los padres. Por conducta depravada debemos entender los hábitos o conductas que atenten contra la moral y la salud de los hijos, por ejemplo: la embriaguez, la mendicidad, la delincuencia, la drogadicción, etc.

Son malos tratamientos. Las agresiones físicas o morales que al hijo se le den, es decir, los golpes causen o no lesiones graves y al hecho de hablarles siempre con improperios o lanzarles injurias, entendiendo por éstas últimas: "Las expresiones dichas con el ánimo de ofender, desprestigiar o lastimar su honor o su honra." (53)

Causas que hacen imposible e inadecuada la convivencia entre padres e hijos, toda vez que le causan problemas graves al menor, sobre todo en lo que se refiere a la educación moral y a su conducta, además del daño psíquico que se le ocasiona.

Por abandono entendemos: "El acto por el cual se renuncia a ellos." (54) decir, el acto por el cual alguno de los ascendientes deja de proporcionarles alimentos, los cuales incluyen como dijo

(53) Código Civil comentado para el Distrito Federal. Edic. 2ª. Ed. Porrúa. México, 1984. p. 187.

(54) Palomar De Miguel, J. Ob. cit. p. 11.

mos el vestido, la comida, la educación, la habitación, la asistencia en las enfermedades y la proporción de una profesión u ' oficio, así como dejar de ejercer el deber de convivencia y de ' corrección.

En general, podemos decir que el abandono de deberes por parte ' de quien ejerce la patria potestad consiste en el hecho de que ' no se toma parte o se desatiende el padre o la madre o ambos de aportar lo necesario para cubrir las necesidades del menor. No ' obstante ello, para que prospere la acción de pérdida de la pa- ' tria potestad en los casos comentados, es necesario que se dé el segundo elemento que integra la fracción del artículo en estudio es decir, el de que como una consecuencia necesaria y fatal, sobreviniese la exposición de los hijos a peligros que comprometie- ' ran su salud y seguridad. Es verdad, que no es necesario que el daño en la seguridad o en la salud se ocasione, para que hasta ' entonces se actualice éste supuesto, pues el verbo poder, al uti- lizarse en pasado subjuntivo expresándose "pudiera" implica un ' estado de posibilidades o probabilidades, lo que lleva imprescin- diblemente a la necesidad de acreditar que en tal estado de pro- ' babilidades, los menores estuvieren efectivamente expuestos a ' los peligros en su seguridad.

(55)

5.2.4 POR EL ABANDONO QUE EL PADRE O LA MADRE HICIEREN DE SUS ' HIJOS, POR MAS DE SEIS MESES.

(55) Jurisprudencia y Tesis sobresalientes. 1966-1970. Actualiza- ' ción Civil. Vol. II. Edic. 2ª. Ed. Mayo. México, 1972. p. ^T 477.

Como vimos el abandono implica desatenderse por completo de la persona del menor, y dejar de tener contacto con el hijo, por lo que es ilógico que es ilógico que una persona ejerza algún derecho sobre otra, cuando ni siquiera está a su lado o incluso no sepa donde está, ni mucho menos cuales son sus necesidades. No obstante lo anterior consideramos que para el caso deben analizarse las circunstancias por el juez antes de determinar judicialmente la pérdida de la patria potestad.

La importancia de ésta forma de pérdida de la patria potestad la encontramos en el sentir de tratar a toda costa de evitar que en algún momento dado, el padre o la madre culpable del abandono regresen y quieran ejercer sus derechos sobre el menor, hecho que pondría en peligro la seguridad del menor, pues es probable que la persona que ya una vez lo abandonó, vuelva a hacerlo.

5.2.5 PORQUE EL QUE LA EJERZA VIVA EN ESTADO DE CONCUBINATO, A MENOS QUE SE TRATE DE HIJOS NACIDOS EN EL CONCUBINATO.

Este apartado comprende una situación que creemos a ojos del legislador es de sancionar, por el mal ejemplo que implica para los hijos menores de edad, cuando el hijo no sea producto del concubinato y sobre todo por lo difícil que resultaría atender al mismo tiempo las necesidades de hijos de distinta madre.

5.3 SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.

La suspensión de la patria potestad puede derivar de causas muy

distintas en cuanto a su naturaleza. A veces, es la consecuencia natural de la incapacidad legal o la ausencia del padre o la madre, y en otras, se aplica también por vía de sanción.

En éste sentido el artículo 500 dispone: "La patria potestad se suspende: I. Por la incapacidad declarada judicialmente; II. Por la ausencia declarada en forma; y III. Por Sentencia condenatoria que imponga ésta suspensión."

La suspensión de la patria potestad es el acto judicial por medio del cual se priva temporalmente a la persona o personas que la ejercen sobre un menor, del ejercicio de su cargo por causas imputables a la propia persona que ejerce tal potestad.

En éste sentido podemos afirmar que la patria potestad sólo puede ser suspendida por medio de resolución judicial.

5.3.1 POR INCAPACIDAD DECLARADA JUDICIALMENTE.

Este apartado se refiere a la incapacidad que tienen los mayores de edad por cualquiera de las causas que enumera el artículo 503 ya comentado en el capítulo I, de éste trabajo.

Imposibilitadas las personas incapaces para manejar sus propios intereses, con mayor razón lo están para manejar los de los demás, separarlos del poder paterno y por ende de sus derechos, es lógico.

lógico.

En ésta hipótesis, la suspensión será una consecuencia de la sentencia que lo declare en estado de interdicción. Un enfermo mental interdicto, por ejemplo, no puede ser privado de sus atributos paternos, pues nadie puede ser tenido por incapaz sin una sentencia que lo declare.

Levantada la interdicción, el padre deberá recuperar el ejerci-cio de la patria potestad.

5.3.2. POR AUSENCIA DECLARADA EN FORMA.

Cabe destacar lo que debemos entender por ausencia, tanto en sentido común, como en el sentido jurídico. En lo referente al primer aspecto, por ausencia debe entenderse que una persona no se encuentra o está presente en un lugar determinado, pero con la certeza de su existencia. En el sentido jurídico, la ausencia '"es para la legislación, la persona cuyo paradero se ignora, de quien no se han tenido noticias y ha desaparecido de sus lugares habituales, sin dejar razón de su actitud."
(56)

En éste sentido señala el artículo 699 comprendido dentro del capítulo "De las medidas provisionales en caso de ausencia", de 'nuestro Código Civil: "Si el ausente tiene hijos menores, que estén bajo su patria potestad, y no haya ascendiente que deba ejer

cerla conforme a la ley ni tutor testamentario ni legítimo, el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor..."

Como vemos, la anterior disposición protege a los menores sujetos a patria potestad, desde el momento en que existe presunción de ausencia por parte de quien debe ejercer tal potestad. Sin embargo, para que se declare la suspensión de la patria potestad es menester que la ausencia se declare en forma, una vez que hayan transcurridos los términos que para el efecto señala nuestro Código Civil, y ésto es así porque el supuesto de ausencia es claro si se haya declarado judicialmente. A reserva de lo que declare la jurisprudencia pienso que deberá limitarse éste supuesto a la declaración judicial porque la intervención judicial es una garantía que pone al sujeto de derecho a cubierto de posibles abusos o maniobras perjudiciales.

5.3.3 POR SENTENCIA CONDENATORIA QUE IMPONGA ESTA SUSPENSION.

Guillermo Colín Sánchez define la sentencia condenatoria como: "La resolución judicial que, sustentada en los fines específicos del proceso penal, afirma la existencia del delito, y tomando en cuenta el grado de responsabilidad de su autor, lo declarará culpable, imponiéndole por ello una pena o una medida de seguridad!" (57)

De acuerdo con ésta definición, debemos decir que para ser sus-

(57) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Edic. 8ª. Ed. Porrúa. México, 1984. p. 467.

pendida una persona del ejercicio de la patria potestad, es necesario que haya cometido un delito que si bien no es grave, es decir, cuando no implique un peligro tan grande para la familia, o sea ya un hábito marcado en el delincuente, si es necesario que el Juez Penal castigue al delincuente con la suspensión del ejercicio de la patria potestad, además de imponerle la sanción pecuniaria o corporal que el delito amerite.

Creemos necesario que la ley penal sancione al delincuente con la suspensión de la patria potestad para que éste tome conciencia de la gravedad de sus actos y de la forma en que perjudica a los menores que están bajo su cargo; es decir, de la influencia nociva que sus actos pueden traer al menor, lo cual puede ocasionarle problemas de conducta que pueden afectar su desarrollo, trayendo como consecuencia la desadaptación del menor a su medio social, situaciones que se pretenden evitar con la reglamentación de la patria potestad.

C O N C L U S I O N E S

1. La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que a los padres en primer término corresponde, con el objeto de proveer a la representación, asistencia, educación y protección de la persona e intereses patrimoniales de los hijos, desde la concepción, y en tanto sean menores de edad no emancipados.

2. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 468 del Código Civil la patria potestad se ejerce por: I. el padre y la madre; II. el abuelo y abuela paternos; y III. el abuelo y abuela maternos, en el orden de exclusión previsto por éste dispositivo legal.

Al respecto consideramos que es de censurarse que permanezca la norma discriminatoria para los abuelos maternos, dejándolos en segundo lugar respecto de los abuelos paternos; y proponemos que en todo caso y ante la idoneidad de ambas parejas de abuelos, sea el juez quien determine a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad por falta o imposibilidad de ambos padres, teniendo en cuenta el interés y bienestar de los nietos.

3. En cuanto a la persona del menor, la patria potestad importa una obligación de educación en sentido lato, que implica el deber de desarrollar la compleja actividad espiritual y material que mira formar intelectual y moralmente la personalidad del menor y procurar su desarrollo físico.

Así, para el cumplimiento de tales deberes la ley provee a los padres o ascendientes que ejercen la patria potestad de ciertas facultades y deberes jurídicos como son: la guarda y vigilancia, el derecho de corrección, la educación y el deber de sostenimiento del menor así como su representación.

4. En el aspecto patrimonial la patria potestad comprende principalmente dos consecuencias jurídicas, a saber: 1. La administración legal de bienes y 2. El derecho de usufructo legal.

5. La administración legal de los bienes del hijo corresponde al padre de pleno derecho en condiciones normales, o bien a la madre o ascendientes en las situaciones especiales previstas y reglamentadas por nuestra legislación civil, sin necesidad de formalidad alguna para entrar en ejercicio de la función.

En lo particular estamos de acuerdo con ésta posición que adopta el Código Civil. Sin embargo, consideramos que cuando quien ejerce la patria potestad y sea administrador legal de los bienes del menor se encuentre en estado de quiebra, de concurso o que contraiga ulteriores nupcias, deberá desde nuestro particular punto de vista prestar fianza para garantizar el buen manejo e integridad del patrimonio del menor; tal y como se prevee en el artículo 487 para el caso del usufructuario que ejerce la patria potestad. Esto toda vez que es de mayor trascendencia a nuestro juicio garantizar una buena administración legal de bienes que el usufructo de los mismos.

6. Los que ejercen la patria potestad pueden enajenar o gravar libremente los bienes muebles del menor excepto cuando se trate de bienes muebles preciosos.

Es posible que el patrimonio del menor se encuentre constituido total o parcialmente por bienes muebles, que quizás no estén comprendidos dentro del grupo de los denominados preciosos, e implican una fortuna considerable y los cuales no cuentan con ninguna garantía jurídica, ya que pueden ser enajenados sin formalidad legal alguna.

En razón a ello proponemos que con el objeto de proporcionar una protección más amplia al patrimonio mobiliario del menor sujeto a patria potestad y por otra parte para eliminar confusiones, se elimine el término "mueble precioso" y se establezca en su lugar la enajenación y gravamen de los bienes muebles que excedan en su valor a cierto número de veces de salarios mínimos. En el mismo sentido proponemos se elimine dicho término en el Código de Procedimientos Civiles vigente.

7. El artículo 489 del Código Civil vigente prevee como requisito para la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles o muebles preciosos pertenecientes al menor, la autorización judicial previa la justificación de la absoluta necesidad o el evidente beneficio. Existe para tal efecto la disposición contenida en el artículo 725 del Código de Procedimientos Civiles en el mismo sentido, más sin embargo, y sin justificación legal alguna agrega en su texto un incidente y por otra parte fija las bases de

de una primera almoneda y de la postura legal en ésta.

En la práctica éste ordenamiento legal a propiciado múltiples ' confusiones, toda vez que hace suponer la existencia de otro requisito a cumplir en el caso que nos ocupa, consistente en la ' venta judicial o remate a través de subasta pública; y si ésta ' hubiera sido la intención del legislador lo hubiera establecido expresamente en el Código Civil, tal y como lo hace al reglamentar la tutela, por lo que proponemos la derogación de éste dispositivo legal contenido en el Código de Procedimientos Civiles.

BIBLIOGRAFIA

Alvarez, José María. Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias. Ed. 2ª. Ed. UNAM. México, 1982.

Bonnecase, Julien. Elementos de Derecho Civil. Traducida por el Lic. José M. Cajica Jr. Ed. Cárdenas. México, 1985.

Borda A., Guillermo. Manual de Derecho de Familia. Edic. 9ª. Ed. Perrot. Buenos Aires, 1984.

Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Edic. 9ª. Ed. Porrúa. México, 1984.

Castán Tobeñas, José Ma. Derecho Civil Español Común y Foral. T. I. Edic. 4ª. Ed. Reus. Madrid, 1936.

Cicú, Antonio. El Derecho de Familia. Traducción de Faustino Jiménez Arnau y José Santa Cruz Teijero. Ed. Reus. Madrid, 1936.

Clemente De Diego, Felipe. Curso Elemental de Derecho Civil Español Común y Foral. T. XIII. Ed. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1927.

Colín, Ambrosio y Capitan, Henry. Curso Elemental de Derecho Civil. R. IV. V. I. Ed. Reus. Madrid, 1942.

Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Pe-

nales. Edic. 8ª. Ed. Porrúa. México, 1984.

Couto, Ricardo. Derecho Civil Mexicano. T. III. Edic. 3ª. Ed. La Vasconia. México, 1919.

Chávez Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Edic. 1ª. Ed. Porrúa. México, 1984.

De Castro y Bravo, Federico. Derecho Civil de España. T. III. Ed. del Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1952.

De Ibarrola, Antonio. Cosas y Sucesiones. Edic. 6ª. Ed. Porrúa. México, 1982.

De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia. Edic. 3ª. Ed. Porrúa. México, 1984.

De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. Edic. 12ª. Ed. Porrúa. México, 1986.

Diccionario Jurídico Mexicano. Edic. 1ª. Ed. Porrúa. México, 1985.

Escriche, Joaquín. Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. Ed. Cárdenas. México, 1979.

Espín, Diego; De la Cámara, Manuel; De Prada, José Ma.; Garrido De Palma, Víctor; Vega Sala, Francisco y Castán Vázquez, José Ma.

El Nuevo Derecho de Familia Español. Edic. 1ª. Ed. Reus. Madrid, 1982.

Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Edic. 7ª. Ed. Porrúa. México, 1985.

Herrera Lasso, Manuel. Derecho Constitucional Mexicano. Edic. 4ª. Ed. Porrúa. México, 1958.

Josserand, Louis. Derecho Civil. Traducido por Santiago Cunchillas y Manterola. Ed. Bosch. Argentina, 1952.

Manresa y Navarro, José Ma. Comentarios al Código Civil Español. Ed. Reus. Madrid, 1944.

Mazeud, Henry León y Mazeud, Jean. Lecciones de Derecho Civil. Vol. IV. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1976.

Messineo, Francisco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1970.

Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Edic. 1ª. Ed. Porrúa. México, 1984.

Moto Salazar, Efraín. Elementos de Derecho. Ed. Porrúa. México, 1966.

Ortiz Urquidí, Raúl. Derecho Civil. Edic. 3ª. Ed. Porrúa. México, 1988.

Palomar De Miguel, Juan. Diccionario para juristas. Edic. 1ª. Ed. Mayo. México, 1981.

Planiol, Marcel y Ripert, George. Tratado Elemental de Derecho Civil. Traducción del Lic. José M. Cajica Jr. T. II. Edic. 1ª. Ed. Cárdenas. México, 1981.

Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Civil Español. Edic. 3ª. Ed. Pirámide. Madrid, 1976.

Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Edic. 6ª. Ed. Porrúa. México, 1983.

Rotondi, Mario. Instituciones de Derecho Privado. Ed. Labor. México, 1953.

Spota G., Alberto. Tratado de Derecho Civil. Edic. 4ª. Ed. De Palma. Argentina, 1949.

Ventura Silva, SABino. Derecho Romano. Edic. 7ª. Ed. Porrúa. México, 1984.

LEYES CONSULTADAS.

Código Civil para el Distrito Federal. Edic. 57ª. Ed. Porrúa. Mé

xico, 1989.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Guanajuato. Edic. 4ª. Ed. Cajica. Puebla, Pue., 1989.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado Libre y Soberano de Guanajuato. Edic. 4ª. Ed. Cajica. Puebla, Pue., 1989.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. Anaya. México, 1989.

Jurisprudencia y Tesis sobresalientes. 1966-1970. Actualización Civil. Edic. 2ª. Ed. Mayo. México, 1972.