

302909



UNIVERSIDAD FEMENINA DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO

32

INCORPORADA A LA UNAM

24

**"EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE
LOS BIENES DEL MENOR EN EL DERECHO CIVIL
MEXICANO"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
MONICA MARCELA REYNA SANCHEZ

DIRECTOR DE TESIS: LIC. EDUARDO OLIVA GOMEZ

MEXICO, D. F.

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

UNIVERSIDAD FEMENINA DE MEXICO
ESCUELA DE DERECHO

EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS BIENES DEL
MENOR EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO


T E S I S

Que para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

MONICA MARCELA REYNA SANCHEZ

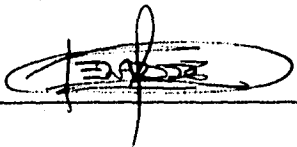

DIRECTOR DE LA TESIS: LIC. EDUARDO OLIVA GOMEZ

México, Distrito Federal.

1994

Vo.Bo. Director de la Tesis

Lic. Eduardo Oliva Gomez



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Eduardo Oliva Gomez', is written over a horizontal line. The signature is enclosed within an oval shape.

Vo.Bo. Revisor de la Tesis



A handwritten signature in black ink is written over a horizontal line. The signature is partially obscured by a diagonal line crossing through it.

**A San Judas Tadeo, con amor y
gratitud infinita.**

A mi Hija:

 Maria Fernanda

Porque desde el momento de tu existencia; significaste y significarás por siempre mi luz y mi esperanza que hará superarme cada día más como ser humano.

A mi esposo:

Porque con tu actitud lograste
que me diera cuenta del verdadero
valor que tiene el ser alguien en
la vida.

A mis Padres:

Como pequeña recompensa a
sus grandes esfuerzos que
me acompañaron en este corto
recorrido de mi vida
profesional.

A mis Hermanas:

Gabriela

y

Lorena

**Por que conserven siempre el
ánimo de superación.**

A mi tía Mayra:

Con gratitud y respeto.

Al Lic. Eduardo Oliva Gómez

Con profundo agradecimiento y
respeto.
por su valiosa cooperación y
dirección en la elaboración
de este trabajo.

A la memoria de mi Primo:

Julio Cesar Chable Sánchez

Ad perpetuam

A mis Abuelitos:

Con gratitud y respeto.

A mi Familia:

Por su cariño y comprensión.

I N D I C E

	pág.	
INTRODUCCION	3	
CAPITULO PRIMERO		
ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FAMILIA		
1. Prehistoria.....	5	
1.I La familia en las etapas de salvajismo y barbarie		
1.II Hipótesis de Morgan sobre la evolución de la familia en las sociedades primitivas	6	
2. Historia	7	
2.I Sumeria	8	
2.II Grecia	9	
2.II.1 La familia en el período arcaico.....	9	
2.II.1.2. Fase Homérica	9	
2.II.1.3. Fase esclavista.....	10	
2.II.1.4. La familia en el período clásico.....	10	
2.II.1.5. Constitución de la familia griega, según la teoría de Fustel de Coulanges...	11	
3. Roma	12	
3.I La familia en el período monárquico-republicano..	12	
3.II La familia en el período imperial.....	14	
4. Edad Media.....	17	
5. Renacimiento	18	
6. Epoca Moderna	18	
 CAPITULO SEGUNDO		
LOS BIENES DEL MENOR SUJETO A PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO COMPARADO		21
2.I. Introducción a las legislaciones europeas.....	21	
2.II Derecho Frances	22	
2.III Derecho Español	24	
2.IV Derecho Portugues	25	
2.V Derecho Suizo	26	
2.IV Derecho Alemán	27	
2.VI Derecho Italiano	28	
2.VII Introducción a las legislaciones Americanas	30	
2.IX derecho Argentino	31	

CAPITULO TERCERO

BIENES QUE PUEDE DISPONER EL MENOR DE EDAD	33
3.I Clasificación de los bienes	33
3.II La Administración de los bienes	37
3.III El derecho de Usufructo	39
3.IV Limitación de la Administración	47
3.V Fin de la Administración y entrega de los bienes..	52

CAPITULO CUARTO

DERECHO POSITIVO MEXICANO	53
4.I Fundamentos de la autoridad paterna	53
4.II Contenido y naturaleza de la patria potestad	54
4.III Características de la patria potestad	58
4.IV Derechos y Obligaciones inherentes a la patria potestad	62
4.IV.1 Función de guarda y custodia.....	63
4.IV.2 La obligación de alimentar a los hijos menores o incapacitados	65
4.IV.3 Función a la educación de los hijos	66
4.IV.4 Función de corregirlos	68
4.IV.5 Representación del menor y de sus bienes...	69
4.V Extinción de la patria potestad	73
4.V.1. Terminación	77
4.V.2. Suspensión	79
4.V.3. Pérdida	85
CONCLUSIONES	93
BIBLIOGRAFIA	96

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

El ejercicio de la patria potestad sobre los bienes del menor es el tema que se ha escogido por la sustentante para la elaboración de la tesis profesional. Es indudable que el tema es muy amplio y por lo tanto en ocasiones con enfoques diferentes. El derecho de familia, materia que con su solo nombre nos invita a reflexionar sobre lo delicado que es; en virtud de que la familia constituye el centro donde gravita y descansa cualquier ordenamiento social, así como sus variadas repercusiones, no exclusivamente por el derecho sino también por la religión, por la economía, por la sociología e inclusive por la psicología que a través de las primeras relaciones que los niños con los adultos va advirtiendo las líneas de conducta que con el paso de los años serán la de los adultos. Partiendo de este punto de vista que se sostiene por su lógica conformación, se reitera una vez más el tratamiento de la patria potestad y sus consecuencias en los bienes del menor de edad o incapacitado.

Considero pertinente dada la complejidad de la cuestión dar un breve resumen explicatorio de los motivos además del ya expresado, que me impulsaron a abordar este tema de mi tesis profesional que pongo desde ahora a la justa y sabia consideración de este honorable jurado, así como, de las soluciones que me permito proponer.

Si en el Código Civil vigente en el Distrito Federal, revisamos las instituciones relativas a la patria potestad, tutela y emancipación encontraremos que los menores de edad están sometidos a una incapacidad general de ejercicio, atenuada apenas por una semicapacidad que la ley le otorga al menor por causa de matrimonio y en algunos otros casos expresamente reglamentados en la misma.

Tratándose de la patria potestad es a los ascendientes que la ejercen a quienes corresponde la representación del menor y en cuanto a sus bienes tienen la administración de todos ellos porque de nada sirve que el Código Civil establezca que los bienes que el hijo adquiera por su trabajo le pertenecen en propiedad, administración y usufructo, si el Código de Proce-

dimientos Civiles no contempla en ninguna de sus disposiciones la mínima posibilidad de que los menores puedan hacer valer por sí mismos ante los Tribunales los derechos que la ley les otorga.

Respecto a los menores sujetos a la tutela, ni siquiera se benefician de un régimen de asistencia como el que existe en el derecho francés (reminiscencia de la *autoritatis interpositio* romana) que les permitía ir paulatinamente, asociados a su tutor tomando contacto con la vida de los negocios, preparándose de esa manera para el cambio fundamental que indefectiblemente operará en su vida: la transición de la menor a la mayor edad. Para nuestro legislador nada significa la existencia desde el derecho romano de un sistema que ya desempeñaba esa función.

En esas condiciones, resulta injusto que el menor, principalmente interesado en la gestión de sus propios asuntos personales y negocios patrimoniales, no pueda actuar en el gobierno de los mismos, afectado como está por esa incapacidad general. En la época moderna que nos toca vivir, los menores intervienen con mayor frecuencia en la vida de los negocios o desarrollan actividades como las artísticas y otras que sería prolijo enumerar; actividades que para su desarrollo exigen en el menor cierta capacidad que los códigos civiles y de procedimientos civiles no les otorgan.

CAPITULO PRIMERO

"ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FAMILIA"

1.- PREHISTORIA.

1.1. LA FAMILIA EN LAS ETAPAS DE SALVAJISMO Y BARBARIE.

Según los historiadores, la finalidad de la prehistoria - reconstruir la vida del hombre desde su lejano origen, -- siempre antes de la Historia, es decir, antes de que -- aprendiera a perpetuar sus ideas y sus hechos en signos- -- susceptibles de ser interpretados. (1) Si para los fines- -- de nuestra investigación, recurrimos a la Prehistoria, va- -- mos a encontrarnos que durante un primer período inmensa- -- mente largo que parece durar hasta el año 600 antes de -- nuestra era, los hombres, en una especie de estancamiento -- interminable vivían aislados, en agrupaciones minúsculas, -- en cavernas, o en pequeños campamentos transitorios, fa- -- bricando utensilios toscos de piedra dura y hueso, hallán- -- dose reducidos para su subsistencia a los azares de la ca- -- za y de las cosechas de frutas cotidianas. Un segundo pe- -- ríodo histórico de la evolución del hombre nos lo presen- -- ta ya asentado en un territorio, dedicado a la ganadería- -- y a la agricultura y otras actividades que incrementan la -- producción de la naturaleza por medio de su trabajo.

El análisis de la evolución familiar durante la prehisto- -- ria o en los períodos más primitivos que los eruditos han -- llamado salvajismo y barbarie, nos permite afirmar que di- -- cha evolución se reduce la mayoría de las veces a la for- -- mulación de hipótesis, ante la carencia de documentos -- en este ámbito.

Aun cuando los descubrimientos arqueológicos emprendidos- -- nos hayan proporcionado alguna idea acerca de los lugares -- en que, con toda seguridad vivieron grupos humanos, las -- huellas que se han hallado en ellos no permiten a los -- científicos deducir cuales pudieron ser las modalidades -- que regularon las relaciones entre los individuos. Ante -- esa imposibilidad, la única solución lógica consiste por-

(1) ESTEBE BARBA FRANCISCO, Historia de la Cultura, Tomo - -- I, Salvat Editores, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, -- México, Caracas, Rio de Janeiro. Pág. 277.

tanto, en proceder por analogía observando las poblaciones primitivas actuales que parecen haber conservado sus estructuras sociales fundamentales.

Este método fue utilizado por Lewis H. Morgan, (2) y sirve para descubrir los principios según los cuales se organizaron los hombres y las sociedades en su origen - asimismo para adquirir una visión sistemática de la evolución histórica de la familia en las sociedades arcaicas.

1.II. HIPOTESIS DE MORGAN SOBRE LA EVOLUCION DE LA FAMILIA EN LAS SOCIEDADES PRIMITIVAS.

Reconstruyendo retrospectivamente la historia de la familia, Morgan, (3) de acuerdo con la mayor parte de sus colegas llega a la conclusión de que en un principio existió en el seno de la tribu el comercio sexual promiscuo, de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y que cada hombre pertenecía a todas las mujeres.

La primera etapa de la evolución de la familia que Morgan denomina consanguínea y que aparece después del estadio promiscuo, consiste en que: todos los abuelos y abuelas en los límites de la familia son maridos y mujeres, lo mismo sucede con los hijos y los descendientes de éstos; los grupos conyugales se clasifican por generaciones. Después se prohibieron las relaciones sexuales entre padres e hijos; luego, entre hermanos y hermanas.

Un segundo momento de la evolución correspondería, según el autor citado, a la familia punulúa o familia por grupo. En este sistema familiar los hombres de un grupo son considerados desde el nacimiento como esposos de las mujeres de otro: dos grupos enteros por tanto, estaban casados entre sí.

(2) Citado por Federico Engels. El Origen de la Familia la propiedad Privada y el Estado, Editorial Nuevo Horizonte 1980, Cali., Colombia. Págs.8, 15 Y 16.

(3) Citado por Engels Federico, Op. cit. Pág.10.

La división de las tareas necesarias en el desarrollo de la agricultura, es lo que llevaría a la familia patriarcal, que constituye el cuarto estudio del desarrollo descrito por Morgan. Este sistema, del que pueden observarse algunas huellas en nuestros días, apareció en las tribus semíticas, en las que se funda en el principio de autoridad absoluta del jefe de familia.

Finalmente, la última fase de la evolución la constituiría la familia monógamica de tipo restringido de la civilización occidental actual.

Es válido suponer que la formación de las primeras unidades sociales y residenciales, más o menos estables, dio nacimiento a una cierta división de las tareas entre el hombre y la mujer. El reparto y la división de tareas entre el hombre y la mujer, necesario para la supervivencia de los individuos y para la del grupo, así como, la educación de los hijos, no implicó en sí la existencia de unas relaciones de tipo jerárquico. La mujer limitada en su actividad por los embarazos sucesivos y por esto obligada a permanecer junto al recién nacido durante el período de lactancia, que se prolongaba a menudo hasta más allá del primer año, era considerada evidentemente como la más apta para ocuparse de los hijos.

2. HISTORIA.

Es solamente hacia los años 5000 a 4500 A.C. de acuerdo con los historiadores cuando aparece la civilización, plena y auténtica, con la riqueza de vida, la perfección y la complejidad que implica; la organización social y política; el establecimiento de ciudades y de estados; la creación de instituciones, de obligaciones y de derechos; la producción organizada de alimentos, de vestidos y de herramientas; la ordenación del comercio y de la circulación de los bienes de intercambio; los comienzos del espíritu científico; finalmente y en lugar principal, el invento prodigioso y del que no se puede medir toda la importancia, de un sistema de escritura que permitía fijar y propagar saber.

Es en esta etapa histórica de la humanidad en la que se marcan cambios importantes, pues del matriarcado primitivo imperante durante la fase prehistórica al patriarcado. Habiendo abandonado el nomadismo y asentados ya en las primeras ciudades, la división del trabajo y el desarrollo de la agricultura ofrecieron a los hombres condiciones de vida más sedentarias, por lo que se vieron obligados a transmitir a sus hijos los conocimientos adquiridos. Es también en este período cuando irrumpe en el marco histórico la primera gran civilización: Sumeria en Mesopotamia.

2.1. SUMERIA.

Por lo que respecta a los Sumerios 4000 años A.C. mostraban ya una organización jurídica, política y social muy sólida -- creando las condiciones que posteriormente produjeron un monumento jurídico notable: el Código de Hamurabi, compilación de leyes ordenada por el rey Amorreo Babilonio de este nombre, a través de la cual podemos formarnos una idea de la evolución de la familia en esta etapa histórica. Hamurabi (4) heredero de la cultura sumeria, codificó las leyes de su imperio en 252 artículos, de los cuales 64 se consagraron a las instituciones familiares. Las leyes talladas en la estela de diorita no hicieron más que recoger -- prácticas sumerias, costumbres semitas algunas de las cuales ya estaban escritas en antiquísimos códigos, porque es sabido que la ley no se inventa, ya que suele ser la expresión de los hábitos seculares de los pueblos.

Gracias a la codificación que examinamos nos es posible -- saber la organización de la familia en esas sociedades; la posición de inferioridad en que se encontraba la mujer; así como, la importancia que tenía la reproducción de la especie en aquellos pueblos y en cuanto al matrimonio (5), éste teóricamente era monógamico; pero, sino existían hijos se permitía el divorcio, a petición del marido y a veces incluso de la mujer. Si ésta era estéril, el esposo podía repudiarla y tomar otra en su lugar; podía legalmente elegir -- una concubina, que su esposa estaba obligada a aceptar, así vemos en la biblia que Abraham, cuya mujer Sara era estéril elige como concubina a su esclava Agar (esta ley la encontramos también entre los hebreos). En cuanto al patrimonio familiar correspondían al padre los derechos sobre éste y -- por lo que se refiere a los hijos el jefe de familia poseía un poder casi absoluto sobre ellos, que no podían reivindicar la menor autonomía económica sobre su mujer y sobre sus esclavos.

En conclusión, podemos afirmar que en todo el territorio -- mesopotámico, el jefe de familia representaba el poder central y aseguraba el mantenimiento de un código jurídico y moral del que dependía el funcionamiento de la familia.

(4) Historia de la Familia, Editorial Everets, Carretera -- León Astorga, K.M. 4500 León España 1974 s|a. Pág.67.

(5) Ibidem, pág. 69.

2.II. GRECIA.

La civilización griega antigua contempla dos períodos, uno arcaico y otro clásico, dentro de cuyo marco observaremos ahora a la familia. El período arcaico se divide a su vez en dos fases, Homérica y Esclavista.

2.II.1. La familia en el periodo arcaico.

2.II.1.1. Fase Homérica.

Aun cuando las civilizaciones minoica y micénica conocían la escritura, poco es lo que podemos saber de ellas, porque desafortunadamente en las tablillas de arcilla que asemejanza de los sumerios usaban para escribir, sólo consignaron las cuentas e inventarios de sus almacenes, omitiendo incluir en sus textos, sus leyendas, cantos religiosos, relatos de conquistas, mitos, hazanas épicas, etc. a través de los cuales hubiera sido posible tener sino un conocimiento preciso, si cuando menos aproximado, de sus costumbres, su legislación y organización familiar.

Sin embargo, parece ser que en esta fase la escritura de la familia obedecía al régimen matriarcal, La lectura de los poemas homéricos nos da una idea aunque sea somera de como vivían los micenios, cuál era su estructura política, su régimen económico, sus armas, sus inquietudes; conocimientos que se acrecentó con los descubrimientos del alemán Schliemann en la tumba de Agamenón en donde se encontraron diversos objetos que nos hablan de la forma de vida de los micenios.

Bachofen, (6) citado por Engels, interpreta la Crestiada - de Esquilo como un cuadro dramático de la lucha entre el derecho materno agonizante y el derecho paterno que nació y logró la victoria sobre el primero en la época de las epopeyas. A esta profunda transformación sociológica, con tribuyeron los dorios, (7) invasores bárbaros que tuvieron sobre los griegos un predominio social, su dignidad masculina Zeus, y ciertas apariencias de autoritarismo -- masculino (filiación patrilineal, militarismo agresivo).

(6) Engels Federico, Op. cit. Págs. 10, 11.

(7) -----Historia de la Familia. Pág. 74.

2.II.1.2. Fase Esclavista

Al período arcaico de la historia griega llamado también-homérico sobrevino una etapa esclavista, que llega su clímax bajo el gobierno de los tiranos.

Durante esta fase histórica esclavista la población campesina labraba la tierra para los grandes propietarios - que la avasallaron, negándole derechos y sometiéndola a un régimen de terror. Si bien es cierto, que paulatinamente la aristocracia implantó la propiedad privada como un medio de satisfacer sus intereses de clase. Los campesinos y sus hijos de hombres libres se convirtieron en esclavos, al venderse para poder pagar sus deudas. La mujer y los hijos estaban subordinados a la férrea autoridad paterna.

En el curso de esas dos fases arcaica y esclavista la organización familiar influyó sobre instituciones sociales - tales como el Genos, así como, sobre el estado antes de ser influida a su vez por dichas instituciones. Esto es así, porque como lo de muestra acertadamente Fustel de Coulanges (8) en su obra la Ciudad Antigua, la gens no era una asociación de familias, ni tampoco una relación de familia que ejerce el patronato con otras que son clientes: la gens es la familia misma; pero la familia que ha conservado la unidad que su religión le ordenaba, y que ha alcanzado todo el desarrollo que el derecho privado le permitía. En este sentido la gens era en Grecia como en Roma la familia que ha logrado su pleno desenvolvimiento, que constituía a juicio del autor citado, un verdadero estado organizado, una sociedad que se basta a sí misma. El Genos, constituía la célula fundamental de la vida social, reunía a todos los que tenían un padre común y -- practicaban el mismo culto.

2.II.2. La familia en el período clásico.

En la época clásica la familia adquirió una organización - que no había conocido nunca, la potestad paternal afirmó su dominio sobre la mujer y los hijos, aquella estaba absolutamente sometida al marido y en cuanto a los hijos, en Atenas recibían una educación privada hasta los 18 años - y en esparta desde los 7 eran entregados al Estado que se encargaba de su educación. Estaba en pleno vigor el sistema patriarcal.

(8) Op. cit. Págs. 73, 76.

2.II.3. Constitución de la familia Griega según la Teoría de Fustel de Coulanges

Para los fines de este trabajo es necesario analizar aun que sea someramente el concepto que el jurista mencionado tiene de la Institución Familiar. Según este autor, (9) en Grecia como en todas las sociedades primitivas el origen estructural de la familia se localiza en un fuerte sentimiento religioso que cohesiona a todos sus componentes. No se fundó la institución como pudiera pensarse sobre la base del nacimiento. El vínculo que une a sus miembros es ese sentimiento religioso hondamente arraigado en todas las sociedades antiguas tan es así que, el padre pese a amar a su hija no le lega sus bienes, porque al casarse renuncia al culto del padre para adoptar el del esposo y como soltera la legislación ateniense a diferencia de la romana la excluía de la sucesión. El hijo deja de figurar si ha renunciado al culto o se ha emancipado y el adoptado será en cambio, un verdadero hijo, porque si no tiene el nexo de la sangre posee algo mejor la comunidad del culto. De lo anterior se deduce que la familia antigua era una asociación religiosa más que una asociación natural.

Por lo que respecta al hijo menor de edad en las Leyes Griegas no tenía ningún derecho, estaba totalmente subordinado al padre; como la mujer no poseía ningún bien, ninguna donación hecha por él era válida, por la simple razón de que no tenía nada. Los frutos de su trabajo y los beneficios de su comercio eran para el padre, si alguien heredaba algo era el padre el que recibía el beneficio. Lo anterior nos permite afirmar, que en la antigua Grecia como en todas las sociedades primitivas, la capacidad jurídica del menor era nula; el hijo, en virtud de la organización religiosa que prevalecía en la familia mientras el padre vivía era considerado como menor de edad. Nuevamente es el pensamiento magistral de Fustel de Coulanges, (10) el que nos señala: "En el rigor del derecho primitivo los hijos permanecen ligados al hogar del padre, y por consecuencia, sometidos a su autoridad; mientras vive, son menores".

Por tanto, podemos concluir que la familia en Grecia en cualquiera de sus períodos arcaico, esclavista o clásico estaba constituida sobre un sentimiento más poderoso que el afecto el nacimiento o la potestad marital o paternal, que hoy en día rigen a la Institución: la religión. En cuanto a los posibles derechos que los menores de edad hubieran podido tener en la Grecia antigua, hemos encontrado que los hijos no tenían ningún derecho. Era el padre el que ejercía un derecho absoluto sobre su familia a tal grado que como en la so-

(10) Op. cit. Pág. 60.

(9) Op. cita. Pág. 26.

ciudad romana podía matar a su hijo, o enderlo, puesto que en esta etapa del devenir histórico de la humanidad el hijo estaba considerado como una propiedad, su fuerza de trabajo constituía una fuente de ingresos para el padre, quien en consecuencia podía venderlo o reservarse su explotación.

3. ROMA

A la familia en la sociedad romana podemos analizarla en tres períodos de su historia; monarquía, república e imperio; pero dado que, la familia durante los dos primeros períodos conservó la misma organización primitiva, que sólo comenzó a desaparecer hasta los primeros tiempos del imperio, la ubicaremos, para su examen por razón de método en dos períodos: Mon=arquico-republicano e Imperial.

3.1. LA FAMILIA EN EL PERIODO MONARQUICO-REPUBLICANO

La sociedad estrusca influyó en la roma primitiva, que conservó en su organización huellas del sistema social del pueblo que habitaba el latium antes que los latinos. La influencia del pueblo mencionado se manifestó en el seno de la familia romana de esa época, en la que el papel de la mujer era preponderante. en Roma, (11) a diferencia de Grecia en que la institución del patriarcado fue impuesta por la invasión del pueblo dorio que poco a apoco se transformó en clase dominante, el sistema patriarcal apareció gradualmente.

La sociedad romana estaba constiutada por gens que pretendían tener un origen común, por esos, partiendo de esa ---idea se dieron a sí mismos una organización social que en contraba su jurstificación en su propia naturaleza y cuyas reglas pueden ser parangonadas con las que posteriormente normarían a la familia; en efecto cada gens tenía su jefe que a la vez era su juez, su sacerdote y su comandante militar.

En Roma, como ha sucedido en otros pueblos la explosión de mográfica originada por el aumento de la producción provocó la transformación de las gentes. El número excesivo de personas que integraban la gens provocó la disminución de las relaciones internas con el consecuente debilitamiento de los valores y los lazos que constituían su patrimonio étnico.

(11) ----- Historia de la Familia. Pág. 78.

Lentamente empezó a definirse la noción de familia; posteriormente, no obstante el triunfo del Estado sobre las gentes y tribus, la familia continuó existiendo, desempeñando una función social fundamental en la nueva estructura sociopolítica.

A la manera del estado, la familia disponía de un sistema de leyes, una jurisdicción, un culto personal con ceremonias propias, en las que el padre de familia era el sacerdote; pero además éste, era el representante de la familia ante el Estado y su soberanía la ejercía sobre todos los integrantes de la familia como eran las mujeres, hijos(as), nueras, nietos y esclavos. Su poder era ilimitada, y lo imponía aun sobre la autoridad del Estado. (12) El padre mientras vivía tenía el derecho de vida y muerte sobre los hijos, podía castigarlos, venderlos, darlos en prenda, ponerlos a trabajar, darlos de esclavos, así como de abandonar o matar a los recién nacidos.

Las ventas en esclavitud en las cuales los hijos eran tratados como objeto de pertenencia patrimonial debían ser por entonces frecuentes. Las XII Tablas reprobaban tal abuso que era sancionado con la pérdida de la patria potestad cuando el padre vendía por tres veces a su hijo como esclavo. Más adelante veremos que en la época del Imperio Justiniano declara abolido el derecho a vender a los hijos.

Por lo que toca a la mujer tenía dentro de la familia -- una posición de inferioridad. Esa situación que tenía la mujer respecto al pater se manifestaba según Fustel de Coulanges, (13) en que la mujer: "No teniendo nunca un hogar que le pertenezca, carece de cuanto da autoridad en la casa. Nunca manda, ni nunca es libre ni señora de sí misma, sui juris. Siempre está junto al hogar de otro -- repitiendo la oración de otro; para todos los actos de la vida religiosa necesita un jefe, y para todos los actos de la vida civil un tutor".

(12) Historia de la Familia. Pág. 80.

(13) Ob. Cit. Pág. 64.

3.II. LA FAMILIA EN EL PERIODO IMPERIAL.

En Roma, en la época del Imperio, bajo el pensamiento noble de sus eminentes juristas se introdujeron cambios fundamentales, profundos, transformaciones en el derecho, dejando atrás aquellos tiempos en que como lo afirma Fustel-de Coulanges (14) "...la mujer y el hijo no podían ser demandantes, ni defensores, ni acusadores, ni acusados, ni testigos, entre toda la familia, sólo el padre podía comparecer ante el tribunal de la ciudad; la justicia pública sólo para él existía. Por eso era responsable de los delitos cometidos por los suyos..."

La autoridad paternal durante esta época decreció. La patria potestad presentaba una fisonomía muy distinta al poder absoluto del antiguo derecho civil, reduciéndose a una suma de prerrogativas naturales de disciplina y dirección que la ley confería al padre; de tal suerte que, de un derecho absoluto (jus vitae necisque) que resumía todas las facultades que tenía el padre de familia sobre los miembros de la misma, en especial sus hijos, observamos que, fue evolucionando, modificando profundamente la patria potestad; en adelante, ya no podría el pater vender ni sancionar con la muerte a sus hijos y éstos adquirieron cierta autonomía patrimonial.

Afirma Raúl Lemus García (15) que durante la primera etapa del imperio la situación de la mujer se modificó, mejoró notablemente, en menoscabo de la patria potestad. Las formas arcaicas de transferencia de la mujer a la familia del marido desaparecieron y, con ellas, toda huella de compra (coemptio) y todo rastro de ritual matrimonial (confarreatio).

En el devenir de la época imperial, va reconociéndose paulatinamente al filius familias capacidad patrimonial activa. (16) Primero, a los Soldados; todos los bienes adquiridos por el hijo bajo las banderas (bona castrensis) entran en su privativa propiedad. Este privilegio hácese luego extensivo a los funcionarios públicos, de suerte que los ingresos obtenidos por el sujeto a patria potestad en el desempeño de un cargo público o en el ejercicio de la abogacía, o bien por concesión imperial (bona quasi cas-

(14) Ob. Cit. Pág. 64.

(15) Lemus García Raúl. Derecho Romano (Compendio) Cuarta Edición. Editorial Limusa México, 1980. Pág.99

(16) Sohm Rodolfo. Instituciones de Derecho Privado Romano. Editorial Nacional México, 1975. Pág. 299.

trensia), ingresan en su patrimonio personal y no en el del paterfamilias. Y esta autonomía patrimonial se generaliza definitivamente al disponerse que todos los bienes adquiridos por el hijo, con tal que no provengan del padre sino de la madre o de otra persona cualquiera (bona adventicia), sean de su exclusiva propiedad, asignándose al padre únicamente un derecho de administración y usufructo.

Podemos afirmar que en el derecho antiguo el poder paterno terminaba cuando el hijo o la hija adquirían la dignidad sacerdotal de Flamen Dialis o Virgo Vestalis; y en el derecho Justiniano, ese poder concluía cuando el hijo alcanzaba la jerarquía episcopal o el patriciado. Fuera de estos casos, la patria potestad duraba lo que viviera el padre.

En cuanto a la tutela, ésta era en su origen totalmente distinta a la institución actual. Los juristas romanos la concibieron como una potestad instaurada en beneficio de la familia del pupilo verdadera titular de los derechos patrimoniales de éste; porque hasta la época preclásica todo cuanto adquiría el menor era propiedad del pater, vale decir de la familia. Poco a poco, la sociedad romana va evolucionando y el derecho sufre también las consecuentes transformaciones. Con el establecimiento de los peculios, ya hemos visto, se da al menor cierto autogobierno en materia patrimonial, orientando las instituciones de la patria potestad y la tutela en favor del menor de edad

En Roma según Guillermo Floris Margadant S., (17) el tutor disponía de dos sistemas para el ejercicio de la tutela: la gestio negotiorum aplicable a los infantes y la auctoritaris interpositio tratándose de pupilos cuya edad ya permite cierto juicio, aunque si bien es verdad, que tratándose de impúberes el tutor podía escoger entre cualquiera de los dos métodos. El tratadista citado, nos indica que en la gestio negotiorum romana el tutor actuaba a nombre propio, aunque por cuenta del pupilo, por eso las consecuencias de los actos jurídicos repercutían en su patrimonio y era hasta el momento de la rendición de cuentas cuando el tutor recuperaba los gastos hechos y --

(17) Margadant S. Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano, XII Ed. Editorial Esfinge. México, 1983. Pág. 221.

las deudas contraídas. En la auctoritatis interpositio, el acto jurídico se celebraba en presencia tanto del tutor como del pupilo. Este actuaba personalmente, y el acto era autorizado por el tutor produciendo sus efectos directamente en el patrimonio del pupilo.

Indica también el autor mencionado, que los menores que habían llegado a la pubertad tenían plena capacidad de obrar pero considerando el legislador romano que no es posible esperar un criterio maduro en un joven de catorce años lo rodeo de ciertas normas protectoras a causa de las cuales resultaba arriesgado contratar con él, de ahí que los terceros en sus transacciones con el varón menor de veinticinco años pero mayor de catorce exigían el nombramiento de un curador que en un principio fue, para negocios determinados y más tarde fue permanente.

Es importante hacer notar que en opinión del autor cuyos lineamientos seguimos, en el derecho romano con el sistema de la curatela se estableció una zona de transición que permitió preparar paulatinamente al pupilo para su futura gestión independiente, evitando así el cambio brusco de la minoría a la mayoría de edad de las legislaciones modernas, que escudándose en la dureza del derecho romano, y en aras del progreso, pretenden desconocer y no saben o no quieren aprovechar la sabiduría de las instituciones romanas.

Por último, nos referiremos a la emancipación, que en concepto de Henri León Mazeaud y Jean Mazeaud, (18) tiene su origen en una institución romana: la *venia aetatis* o dispensa de edad. El menor de veinticinco años sujeto a patria potestad era incapaz; pero a partir de los 20 años para los hombres el Emperador como un favor podía liberarlos de su incapacidad, (y 18 para las mujeres), así se demostraba su honorabilidad y su aptitud para administrar sus bienes. Sin embargo, a decir de los autores citados, la *venia aetatis* no confería una completa capacidad; el menor seguía siendo incapaz para enajenar o hipotecar sus inmuebles y para hacer una donación.

(18) Henri León y Jean Mazeaud. Lecciones de derecho Civil, La Familia, organización de la familia disolución y disgregación de la familia. 1a. Parte. Vol. IV Traduc. de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. Pág. 289.

4. EDAD MEDIA

A la caída del Imperio Romano de occidente, que los historiadores señalan ocurrió en el año 476 d.c., sucede un período de dura aproximadamente mil años y al que la historia conoce con el nombre de edad media. La primera mitad de esta época denominada "siglos oscuros" se caracterizó por una decadencia cultural generalizada. A esta degeneración de la civilización occidental contribuyó la iglesia cristiana que durante muchas centurias estorbó el progreso científico, fundada en el razonamiento a todas luces erróneo de que ningún descubrimiento o invención era posible si no mediante la revelación divina y cuando el hombre usando su capacidad intelectual se atrevía a incursionar en el campo de las ciencias, corría el riesgo de enfrentar al Tribunal de la Santa Inquisición. En el campo del derecho, éste desciende a un estado de confusión y vulgarización.

Por lo que se refiere a la familia, algunas costumbres bárbaras subsistieron en ciertas regiones de Europa. Como es sabido la decadencia del Imperio Romano, favoreció la reaparición de costumbres y de modos de vida abolidos por el derecho romano. El modelo familiar patriarcal persistió hasta la alta edad media. Hacia los siglos XV y XVI, la misma iglesia inició una transformación de la institución familiar cuyos efectos se hicieron sentir en todos los continentes, imponiendo un nuevo modelo familiar de tipo estricto. Correspondió al derecho canónico(19) la modificación de las estructuras familiares, estableciendo la familia monógamica y la libre elección como principios fundamentales, rechazando el modelo patriarcal polígamico y despótico (que cimentado en la tradición, aceptaba el matrimonio forzado y condenaba, el aislamiento de la pareja respecto del grupo familiar y su autonomía patrimonial). Sin embargo la iglesia no llevó hasta sus últimas consecuencias la abolición del arcaico sistema. tocante al principio de autoridad, se limitó al restringir el alcance de la dominación patriarcal que desde remotos tiempos el pater ejercía sobre todos los miembros del cuerpo comunitario familiar, aplicándolo en adelante sólo a las relaciones conyugales, es decir, concentrándolo en el microcosmos social que forman la familia monógamica y su prole.

(19) Historia de la Familia. Ob. cit. Pág. 118.

5. RENACIMIENTO.

El renacimiento dio paso a una nueva concepción de la familia. Para León Batista Alberti, (20) la familia era ante todo una institución económica. La buena administración de la vida doméstica, ordenada y escrupulosa, consistía fundamentalmente, en equilibrar los ingresos y los gastos. Es pues, la sana gestión de los asuntos familiares la que daba color en ese tiempo a la institución. Podemos advertir ya en la organización y en la prudente administración familiar impuesta por la burguesía italiana del renacimiento - las primeras manifestaciones de las costumbres de la incipiente clase burguesa. Organizada de este modo, la familia adquirió importancia como una institución vinculada estrechamente a la infraestructura económica del estado.

Sin embargo, en los primeros tiempos de este período, la familia tanto entre los señores como entre los campesinos - conservó una estructura ampliada: el matrimonio era un asunto comunitario; servía para unir dos familias, y no dos personas. Como en la edad media, sólo existía una relativa libertad que detentaban los jefes de familia, los propietarios de tierras y los señores. Durante la edad media el renacimiento y hasta principios de la edad moderna los hijos, a pesar de los avances logrados en su favor, continuaban sometidos a la férrea autoridad paterna.

6. EPOCA MODERNA

Durante los siglos XVII y XVIII, la institución familiar - establecía según los principios del derecho canónico, sufrió de parte de los nobles y de los burgueses ataques que obligaron a la iglesia a transigir haciendo concesiones en favor de las clases económicamente poderosas, que de esta forma otorgaban a sus hijos una educación racional, adecuada a su concepción de la vida y a sus intereses económicos, que aseguraba la celebración de matrimonios por consentimiento con menosprecio de la libertad de consentimiento - implantada desde el concilio de Trento (31), (1545-1563).

(20) _____ . Historia de la Familia. Op. cit. Pág. 128.

(21) Op. Cit. Pág. 130.

En el siglo XIX se reafirma la idea aceptada hacía largo -- tiempo de que la familia constituía la célula fundamental -- del organismo social. Esta concepción despierta el interés -- de múltiples sociólogos entre los que se encuentran Emile -- Durkheim y Max Weber. (22) Citados en la obra Histórica de -- la Familia constituyeron punto de referencia de todos los -- sociólogos modernos. Para estos autores no bastan los la -- zos de la sangre, ni el parentesco; para constituir la fami -- lia es necesario la intervención de un factor económico de -- la solidaridad con vistas a la subsistencia, tanto en las -- sociedades antiguas en las que cada individuo aporta según -- su capacidad y de la que extrae satisfacción según sus nece -- sidades y dentro del límite de los bienes disponibles bajo -- la autoridad del pater familias; como en las familias moder -- nas que se constituyen sobre la base de la economía monetaria -- y la separación de bienes entre los miembros del grupo -- familiar, que trae como consecuencia la emancipación de la -- mujer y de los hijos de la autoridad marital y paternal, -- sin que esta integración de la economía monetaria signifique -- la inmediata decadencia de la autoridad paterna, la cual -- puede seguir existiendo apoyándose en otros factores de or -- den político o religioso.

Si se reconoce que la familia es un verdadero hecho social, -- debe admitirse que todo fenómeno o acontecimiento de impor -- tancia que trastorne fundamentalmente a la sociedad, tam -- bién debe afectar profundamente a la familia. Así el siglo -- XX abundante en sucesos de gran significación y trascenden -- cia tenía que alterar íntimamente las estructuras familia -- res.

La necesidad de mano de obra durante la primera y segunda -- guerra mundial, sustrajo a la mujer de su dramático papel es -- trechamente ligado a la actividad doméstica y a la procrea -- ción. Una vez concluida la emergencia planteada por la con -- tienda bélica se niega a regresar al hogar; su integración -- a las actividades económicas de producción, con la consigui -- ente independencia económica, le garantiza un nuevo status: -- su emancipación. Pero esto que aparentemente es un adelanto -- en realidad constituye un elemento disolvente de la familia, -- ya que el padre y la madre acuciados por la necesidad que -- engendra la crisis económica actual, abandonan el hogar, con -- detrimento de las funciones de la familia; asegurar la super -- vivencia de sus componentes y formar sus cualidades humanas --

(22) Op. cit. Págs. 141- 143.

a través de la necesaria convivencia con los hijos. De nada sirve entonces que en las leyes la madre haya alcanzado la misma jerarquía del padre.

En cuanto a la posición alcanzada por los menores en la familia contemporánea, nos ilustra ampliamente un cable procedente de la Ciudad de París Francia, publicando en la -- página 27, de la primera sección, del diario El Universal de la ciudad de México, Distrito Federal, el día 31 de mayo de 1986, que se transcribe textualmente:

DERECHOS INSOSPECHADOS A INFANTES EN FRANCIA CON EL "CÓDIGO DE LOS NIÑOS"

PARIS, (AP).- Los derechos de los menores son generalmente preteridos en Francia, pero lo cierto es que el "código de los niños" les otorga un potencial de independencia poco -- menos que desconocido tanto para ellos como para sus pa--- dres. Una recopilación de esos derechos y limitaciones de poderes acaba de difundir públicamente algunos aspectos le gales verdaderamente sorprendente de la autoridad paterna -- sobre los hijos. La declaración de los derechos del niño -- y del adolescente, adoptada en 1959 por las Naciones Unida ha sido complementada con otras regulaciones de gran enver gadura incorporadas al código civil y diversas decisiones -- de las autoridades. Una de las cláusulas del código esta -- blece, por ejemplo, que "así como a toda edad el hijo debe honor y respeto a su padre y a su madre", puede cualquiera que sea su edad, impugnar la autoridad paterna "si su sa -- lud, su seguridad o su moral están en peligro", mediante -- una presentación directa ante un juez de menores. Otra dis -- pone que un niño debe dar personalmente su acuerdo para -- ser adoptado a partir de los trece años. Pero pocos fran -- ceses saben que su hijo puede alistarse como manino profes -- sional en un barco a los 15 años y que una niña puede com -- prar la píldora contraceptiva sin pedir autorización.

CAPITULO SEGUNDO

"LOS BIENES DEL MENOR SUJETO A PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO COMPARADO"

2.1 INTRODUCCION A LAS LEGISLACIONES EUROPEAS.

A fin de lograr un análisis más amplio en el tratamiento -- del tema escogido como tesis, preciso referirme a los diferentes ordenamientos jurídicos de otras latitudes que en -- una u otra forma han servido al nuestro ya enriqueciéndolo -- esencialmente, o ya conformando distintos, que le procuran -- originalidad en algunos casos, y en otros aciertos.

Debemos precisar, en cuanto afecta ha cierta responsabili-- dad de carácter civil y administrativa de los menores sujetos a patria potestad. En algunas legislaciones como la Chi-- lena, la Argentina, la Colombiana, que considerarán al menor -- si es funcionario público, igual si fuese mayor, en cuanto -- afecta al ejercicio de sus funciones.

Respecto de los actos de dominio, todas las legislaciones e-- jercen una vigilancia por conducto del consejo de tutelas -- de familias, tribunal de tutelas y juzgados de primera es-- tancia con la intervención de ministerio público en algunas de ellas.

La mayoría prohíbe en forma general los actos de dominio a los padres que ejercen la patria potestad y les permite solo en casos de justificada utilidad y comprobada necesidad, siendo indispensable la autorización de la autoridad competente. No obstante esta uniformidad de criterios de los legisladores en cuanto a los actos de dominio se refiere, encontramos alguna diferencia entre ellas.

Así vemos que la Suiza, la Francesa y la Alemana, restringen esta facultad a los que ejercen la patria potestad hasta el grado de identificarla con la consagrada a los tutores.

Es lo que se conoce del artículo 389 del Código Civil Francés, reformado por la ley del 6 de abril de 1910 de los artículos 279, 289, 297 y 409 del Código Civil Suizo y de los artículos 1825, 1828 a 11831 del Código Civil alemán.

Más previsoras o cuando menos más claras, nos parecen en este punto, las legislaciones Española y Portuguesa. A esta conclusión se llega mediante la interpretación de los textos de los artículos 164 del Código Civil español y 150 del Código Civil Portugués, los que en su parte sustancial disponen que quienes ejerzan la patria potestad no podrán enajenar, hipotecar ni comprometer de cualquiera manera que sea los bienes del menor, salvo el caso de urgente necesidad o utilidad, o de provecho notorio de estos, previó autorización judicial y con audiencia del ministerio público.-- (22).

2.2. DERECHO FRANCÉS.

Encuanto a este derecho se comentará primeramente respecto al usufructo, cada vez que es admitido principal derecho a los padres en función del ejercicio de la patria potestad como lo encontramos en sus artículos.

En el código Francés se consigna que el progenitor, durante el matrimonio y después de la disolución, este el cónyuge inocente tendrá el usufructo de los bienes de los hijos hasta la emancipación que podrá verificarse antes de dicha edad de los menores igual derecho confiere al padre, o madre naturales sobre los bienes del hijo reconocido que esté bajo su potestad.

En este código se señala como cargo de usufructo legal, todas las del usufructuario común, y además, los de alimentos y educación de los hijos según su fortuna, el pago de créditos e intereses de capitales recibidos para intervenirlos en bienes del hijo, los gastos de enfermedad y los funerales de éste, en su caso (art. 384, 385, 386, 387 y demás relativos estatuyendose también que absorberán los gastos de su educación e instrucción. (23)

(22) MONRESA Y NAVARRO JOSE MARIA. Comentarios al Código Civil Español. Tomo II, Sexta Edición 1944. Pág. 54.

(23) MARCEL PLANIOL Y JORGE RIPERT. Tratado Prácticode Derecho Civil Francés. Tomo II. Las Personas. Págs.275 a -- 282.

Por otra parte, la administración de los bienes pertenecientes a los hijos sujetos a la patria potestad, puede decirse que todas las legislaciones la encomiendan al padre o la madre que ejercen a aquella.

En efecto, en el derecho francés encontramos una característica peculiar consistente en que el patria potestad sólo se ejerce sobre los hijos legítimos o matrimoniales, durante la vida de ambos padres, y a la muerte de cualquiera de ellos, los hijos pasan a ser sujetos de tutela, que desempeña el conyuge sobreviviente.

De acuerdo con esta doctrina es que; del derecho francés establece que viviendo ambos padres, el padre es el administrador legal de los bienes de los hijos, excepto de los legados o donaciones que quedan excluidos.

En caso de que el padre pierda la facultad de administrar los bienes de los hijos, ésta la ejercerá la madre, sin necesidad de autorización alguna. En los supuestos de divorcio, separación de cuerpos, será administrador el cónyuge a quien se confió la guarda del hijo, dejando al arbitrio del juez, poder contradecir esta disposición, en la sentencia que dicte.

Si hay oposición de intereses entre el padre que administra y el hijo se nombrará por el tribunal competente, un administrador especial, previa la audiencia del Ministerio Público y lo mismo se hará, si ambos padres pierden la administración, dejando a salvo las disposiciones referentes a la pérdida de la patria potestad.

En cuanto a los hijos extramatrimoniales, el padre o la madre que ejerzan la patria potestad, administrarán los bienes del hijo menor bajo el control de un productor que se deberá nombrar a los tres meses de comenzar la administración del padre o la madre, en su caso (arts. 384, 390, ley de 6 de abril de 1940). (24).

(24) MARCEL PLANIOL, Ob. Cit. Págs. 282 a 287.

2.3 DERECHO ESPAÑOL.

Es la legislación española al igual que en la francesa se contempla el usufructo legal de los bienes que adquiera el menor por su trabajo así como los cargos del mismo. En -- cuanto a los efectos y garantías, en el mismo establecidos se comprende que los padres tienen las obligaciones de todo usufructuario y las especiales que consigna la ley hipotecaria. (arts. 160, 1616, 162, 163, del código Español) - (25)

En el referido código, se consigna el principio general de que el padre y en su defecto, la madre son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, y también se desarrolla la doctrina concerniente a los peculijos que estudiamos al tratar el usufructo.

Esta legislación impone sobre estos bienes, las cargas propias de la administración, obligando a los administradores a formar inventarios cuando reciben los bienes con intervención del Ministerio Fiscal, y a propuesta del mismo, se podrá decretar por Juez competente, el depósito de valores mobiliarios propios del hijo.

Por último, los padres adoptivos no administrarán los bienes de los menores no emancipados a menos que aseguren con fianza, sus resultados a satisfacción del Juez del domicilio del menor o de las personas que deben concurrir a la adopción. (art. del 159 al 166 del código civil Español).- (26).

(25) J. MARIA MANRESA Y NAVARRO, ob. cit. págs. de 42 y 54.

(26) J. MARIA MANRESA Y NAVARRO, ob. cit. págs. de 51 a 53.

2.4 DERECHO PORTUGUES.

La legislación de Portugal tiene gran similitud a la española, notándose solamente características especiales en cuanto al derecho de usufructo de los bienes de los menores que a continuación señalo.

En efecto, a través de las respectivas disposiciones del Código, se excluye del usufructo a los padres extramatrimoniales o ilegítimos; exceptúa en cuanto a las cargas del usufructo legal, la de prestar caución, la de alimentar y educar al hijo, la de pagar intereses de deudas y capitales que pesen sobre los bienes usufructuados, la de los gastos de enfermedad y la de los gastos funerarios.

Estas obligaciones se consignan como derivadas de la relación filial y no como consecuencia del usufructo de los bienes del menor no emancipado, la cual se hace derivar del ejercicio de la patria potestad. (arts. 144, 145, 146, 147, 148,- del código portugues en materia civil).

Según el artículo 166 del código civil de Portugal, el usufructo legal sólo corresponde a los padres legítimos, excluyéndose de este derecho, cuando se trata de bienes de hijos ilegítimos.

En el código portugues se sigue un sistema muy análogo al Español y se amplía la doctrina de los peculios en relación con los bienes que se excluyen de la administración de los padres. En cuanto a los bienes que puedan administrar y que recibe el padre por título sucesorio a favor del hijo, deberá garantizar su manejo mediante caución si son muebles, debiendo, si no la presta, depositarlos.

En este código también se adopta una medida de protección a los menores en relación con la administración de sus bienes que se digna de encomio y reconocimiento, al obligar a los padres a rendir cuentas cada cuatro años ante el tribunal competente y entregar todos los bienes administrados al terminar la administración, observándose para este caso, todas las reglas comunes para los administradores. (arts. 152, 154 del código civil de Portugal).

2.5 DERECHO SUIZO

Por su parte el Código Civil Suizo, concede de modo general al padre o madre que ejercen la patria potestad, al usufructo de los bienes del hijo hasta la mayoría de edad de éste -- a menos que por su culpa quedasen privados del ejercicio del derecho de la patria potestad. Esta regla, se confirma el establecer la excepción consistente de en no extender el derecho del usufructo paterno a las libertades hechas al hijo -- con la condición de que su importe sea colocado a interés, o de que el padre o la madre no disponga de ellas.

Las disposiciones del Código Civil Suizo se apartaron de un sistema enumerativo respecto de las cargas del usufructo -- que siguen otros cuerpos legales como el Francés y la mayoría de los latinoamericanos, limitandose a consignar el empleo principal que debe darse a los productos y su sujeción -- a las cargas familiares.

En esta legislación suiza no se contempla una regulación respecto de las garantías ni de las facultades, ni de los derechos del usufructuario y es por ello estos conceptos quedan, como todo el ejercicio de la patria potestad, sometidos a la acción de los tribunales de tutelas.

En cuanto a su administración, se sigue el principio de quienes ejercen la patria potestad, deberán administrar los bienes de los sometidos a ella; de igual manera, se sigue el -- principio, como hemos asentado, que se otorga a ambos cónyuges el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos matrimoniales, si bien consiga que la opinión del padre es la -- que decide y prevalece.

Este Código Suizo, no se exige que se rindan cuentas ni se impone la obligación de prestar fianza para garantizar el manejo de administración, pero no debemos olvidar que es característico en este derecho, la facultad ilimitada que se otorga a las autoridades tutelares para intervenir, cuando el padre y la madre facultan a sus deberes.

Según el sistema de esta legislación, los padres no pueden ser privados de sus derechos sobre los bienes de los hijos - más que el derecho de la pérdida de la patria potestad, pero si podrían perder el derecho de la administración de los bienes de sus hijos menores cuando así lo consideren las autoridades tutelares, nombrándoseles un curador en su caso.

Cuando termina la administración de los bienes, éstos deberán ser devueltos bajo cuenta detallada al hijo ya mayor o al tutor en su caso, y el padre y a la madre son responsables de esta restitución, (arts. 290, 291, 297, 298, 299 y 300 del Código Civil Suizo).

2.6 DERECHO ALEMÁN.

Así vemos que en el Código Civil Alemán, se regulan escrupulosamente el usufructo y sus consecuencias jurídicas, advirtiéndose en este cuerpo legislativo el principio general, de que el padre, en virtud de la patria potestad, tiene el usufructo de los bienes del hijo, considerándose como bienes libres de éste, las cosas exclusivamente destinadas al uso personal del hijo, especialmente los vestidos, objeto e instrumentos de trabajo.

Continuando con el análisis de la legislación Alemana, nos encontramos que si el padre hace uso de esta atribución, debe reenvolsar el valor de las cosas al finalizar el usufructo. En este código se sigue el sistema de mencionar las cargas del usufructo y en tal sentido se dispone que los gastos de oficio sostenidos en el interés del hijo, deben aportarse los bienes libres, los gastos de defensa del mismo en procedimiento criminal salvo las obligaciones del hijo de reenvolsar en caso que fuera condenado, son cargo del usufructo.

De igual manera, en el Código Civil Alemán, se consigna el derecho del usufructo sobre los bienes del hijo no es transferible, igual que los derechos que le pertenecen al padre - respecto del producto del ejercicio de una profesión lucrativa ejercida por el hijo.

El usufructo conserniente a la patria potestad termina cuando el hijo cumple la mayoría de edad o contrae matrimonio en éste último caso, continúa cuando el matrimonio se celebra sin la autorización del padre siempre y cuando ésta sea necesaria. El padre puede renunciar al usufructo ante el tribunal de tutelas y la renuncia debe constar en forma auténtica (arts. 160, 163, 164 y al 1662 inclusive al 1707 del código civil).

El Código Civil Alemán obliga a los padres que ejerzan la patria potestad y deseen contraer nuevas nupcias al presentar un estado pormerionizado, de los bienes, tanto de los que se liquiden como los que se tengan en división con el hijo.(27)

Es muy de notar la tendencia plausible que muestran tanto el Código Civil Suizo como el Alemán, asimilar en cierto modo, el ejercicio de la patria potestad con el de las tutela, sin llegar a identificar una y otra institución.

El tribunal de tutelas es responsable de las garantías que pueden exigirse el ejercicio normal y el desenvolvimiento de la administración del patrimonio de los hijos por parte de los padres o de quienes ejercen la patria potestad.

2.7 DERECHO ITALIANO.

Refiriéndome al mismo tema pero relacionado con los preceptos del Código Italiano, preciso recordar, tal como lo expresa Francesco Ricci; que el derecho del padre sobre el patrimonio de los hijos comprende dos facetas, una referida a la administración y la otra al usufructo.

Por lo que hace a la ADMINISTRACION, en el derecho Italiano se establecen dos diferencias para el ejercicio de esta potestad o facultad y son: PRIMERA.- Aquella disposición que nos indica que no se necesita autorización alguna para ejercerla; SEGUNDA.- Que los actos de disposición en los que debe pedir autorización judicial para su ejercicio.

(27) ENNECERUS, ob. cit. pág. 75.

Dentro de la primera diferencia tenemos la percepción de frutos, mejoramiento de bienes y la conservación de éstos y dentro de la segunda la ejecución de actos que no pueden aplazarse por el riesgo de perder la vida o una parte considerable o todo el patrimonio del menor.

Por lo que respecta a la extinción del derecho de administración ésta se da cuando el menor de edad resulta emancipado o por una mala administración del padre o de la madre respecto de los bienes del hijo.

USUFRUCTO LEGAL.- Francesco Ricci nos dice: "El derecho del usufructo legal es aquel medio dado al padre para proveer el ejercicio de la patria potestad, es decir, el mejoramiento, protección y educación del hijo. (28)

El usufructo legal es inalienable e inembargable, ya que la patria potestad es irrenunciable de tal manera que las obligaciones del padre son las siguientes:

Hacer inventario de los bienes muebles y describir los inmuebles, administrarlos y conservarlos tanto materialmente como en su forma y repararlos cuando sea necesario.

En este caso, al padre se le disponen el otorgar caución legal, ya que se considera que el cariño que lo liga al hijo es la mejor garantía de que no abusará en perjuicio de éste.

TERMINACION DEL USUFRUCTO.- Son dos las formas de terminar el usufructo legal: Absoluta y Relativa.

FORMA ABSOLUTA.- Por la muerte del hijo; por la mayoría de edad del hijo; por emancipación expresa o tácita del hijo; -- por abuso de la patria potestad; por la muerte de ambos padres por la ausencia declarada de ambos padres; por condena penal de ambos padres que apliquen la pérdida del poder paternal, -- por contraer el padre o la madre nuevo matrimonio.

FORMA RELATIVA.- Por la ausencia declarada del padre; por condena penal del padre y porque al padre se le ha privado del usufructo.

(28) FRANCESCO RICCI, Diritto Civile, Tomo III, Pág.166

2.8 LEGISLACIONES AMERICANAS

Entre los Códigos Americanos encontramos dos sistemas: Uno -- casuístico y minucioso que por lo mismo está expuesto a omisiones y deficiencias, y otro, genérico y amplio, que pretende abarcar todos los supuestos jurídicos posibles y que tampoco lo logra.

Dentro del primer sistema se encuentran comprendidos el Argentino y el regulado por nuestro Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

En efecto, el código Civil Argentino reúne en su contexto estas peculiaridades ya que mediante los artículos 297, 298, -- 322 y 331 se ha establecido " que los padres no pueden enajenar sin autorización del Juez del domicilio, los bienes inmuebles de los hijos ni disponer de las rentas, ni constituir derechos de la misma clase que pertenezcan a las hijas, sobre los bienes decretos, ni comprar por sí, ni por interposita persona, bienes muebles ni inmuebles de los hijos, ni constituir en cesionarios de créditos, derechos y acciones, contra sus hijos menores ni hacer transacciones sobre la herencia materna, ni sobre otros donde existen coherederos o colegatario ni obligar a los hijos en favor de terceros.

Tampoco los padres podrán enajenar los ganados que forman parte de establecimientos rurales pertenecientes a los hijos salvo aquellos que es permitido enajenar a los usufructos de rebaños. (29)

Los Códigos de Chile (arts. 255, 256) de Colombia (arts. 303, 304) y los de Venezuela (arts. 289 y 290) sin pertenecer al sistema causístico, tampoco las características del sistema genérico porque ya limitan la prohibición, en cuanto afecta a los cargos y derechos reales a la hipoteca, dejando en consecuencia, la posibilidad de establecer gravámenes tan importantes o más, respecto de los cuales no se otorga protección a los hijos menores. (30)

(29) H. LA FAILLE, ob. cit., págs. 431 a 438 incl. LOS CODIGOS DE CHILE.

(30) ENRIQUE ROSSEL SAAVEDRA (Prof. de Derecho Civil Univ. - Chile)

Aunque con reglamentación no lo suficiente comprensiva, el Código del Brasil puede clasificarse dentro del sistema genérico. Así lo deducimos del texto de su artículo 386, que literalmente contiene lo siguiente: "no pueden los padres enajenar ni gravar con cargas reales los bienes inmuebles de los hijos, ni contraer en nombre de ellos, obligaciones que transpasen los límites de la simple administración, excepto por -- circunstancias evidentes de utilidad o necesidad y previa autorización del Juez competente.

Por su parte, el código de Perú contiene formas más modernas de expresión y reúne las características del sistema genérico. Mediante el artículo 413 de este ordenamiento, se estableció que los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer obligaciones que excedan de la administración, salvo justificadas conocidas y autorizadas por el Juez" (31)

Nuestra legislación, igual que la argentina, contiene su sistema minucioso y cuasuístico, tan es así que en su artículo 936, se consigna que quienes ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles y los objetos preciosos que corresponden al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio y previa la autorización del Juez competente. Así mismo, por causa de dicha legislación tampoco se permite celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años, ni vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor del que se cotice en plazo al día de la venta -- hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de estos, ni dar fianza en su representación.

Através del artículo 437, se adoptaron medidas de garantía y protección al hijo, las que consisten en encomendar al Juez -- cuando concede licencia para enajenar los bienes de aquel, a los padres que ejercen la patria potestad, a fin de que el efectivo de la venta se dedique al objeto al que estaba destinada y el resto se invierta en la adquisición de un inmueble -- o se hipoteque en favor del menor.

(31) CODIGO CIVIL DE PERU, J. MONTENEGRO ED. CIT.

La garantía es insuficiente porque se reduce a los casos de -
venta u otra enajenación y no se contempla el destino de las -
cantidades que se obtengan mediante gravámenes, impuestos so -
bre los bienes de los hijos menores, y tampoco estimamos cer -
tera la medida de que el importe de la enajenación se invier -
ta necesariamente en inmuebles e hipotecas ya que en la actua -
lidad hay inversiones más fáciles y seguras que el prudente -
arbitrio judicial puede garantizar sobradamente.

Reconociendo que nuestros legisladores se esforzarán por con -
seguir o lograr una enumeración detallada que comprendiera to -
dos los actos y contratos que es preciso regular para prote -
ger los intereses de los menores mediante la autorización ju -
dicial, nos inclinamos por una fórmula más genérica y amplia -
que puede comprender todos los supuestos que son imposibles -
de albergar en una casuística expuesta a omisiones y deficien -
cias.

Todas estas legislaciones Americanas, establecen el principio
de que las personas que ejercitan la patria potestad, son la
que tienen el derecho y obligación de administrar los bienes -
de los menores sometidos a ella, excluyendo los bienes que --
procedan de herencia, legado o donación, cuando el testador--
o donante haya impuesto la condición de que no sean adminis--
trados por quien ejerza la patria potestad.

CAPITULO TERCERO

" BIENES DE LOS QUE PUEDE DISPONER EL MENOR DE EDAD "

3.1 CLASIFICACION DE LOS BIENES DEL MENOR

Una vez que se ha contemplado someramente la situación que en el antiguo Derecho Romano tenía el hijo respecto del poder -- que ejrcía circunstancialmente sobre algunos bienes, entraremos al estudio de los diferentes bienes que pertenecen al menor dentro del derecho moderno.

Dos clases de derechos concede la ley al padre o ascendiente que ejerce la patria potestad sobre los bienes de los hijos, o descendientes sujetos a ella, el derecho de administración y el derecho de usufructo. Conforme al primer derecho, administra los bienes de los hijos sin más limitaciones que las que fijasn las leyes. Conforme al segundo, la patria potesta de derecho a la copropiedad de dichos bienes, cuando mediante el usufructo se beneficia, quien ejerce ese derecho.

En nuestro derecho, los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen; ahora bien, cuando la patria potestad se ejerce a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador será nombrado por mutuo acuerdo.

Por otra parte, la persona que ejerce la patria potestad, representará también a los hijos en juicio, pero no podrá celebrar ningún arreglo para determinarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial, cuando la ley lo requiera expresamente. Por los expresados derechos no se ejercen por igual sobre los bienes de los hijos sujetos al poder paterno , de aquí la necesidad de hacer una clasificación.

Empezaremos por decir, que el artículo 428 del Código Civil -
expone: "Los bienes del hijo mientras esté en la patria potes-
tad, se dividen en dos clases:

- I.- Bienes que adquiriera por su trabajo,
- II.- Bienes que adquiriera por cualquier otro título".

BIENES ADQUIRIDOS POR EL TRABAJO DEL MENOR DE EDAD

El artículo 429 del Código Civil plantea como regla general -
que: "Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad-
administración y usufructo al hijo".

Lo anterior resulta natural, si la ley dispone autoritariamen-
te que los bienes que adquiriera el hijo mediante su trabajo -
le pertenezcan en el más amplio sentido de la propiedad, o -
sea que tenga sobre ellos el uso, goce y el disfrute.

Es aceptado por la mayoría de las legislaciones, que el hijo-
tenga la administración de los bienes que ha adquirido por su
trabajo.

Ahora bien, la ley le concede al hijo esta administración por
que supone que si fue capaz de adquirir los bienes, con mayor
razón debe serlo para administrarlos. Sin embargo, no es posi-
ble considerar que el menor de edad tenga la experiencia su-
ficiente para conducirse al igual que un mayor, debido a esto
la ley le concede facultades sujetas a determinadas restric-
ciones.

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

Complementando lo anterior, el artículo 643 del mismo ordenamiento legal nos dice: "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor de edad:

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

II.- De un tutor para negocios judiciales.

BIENES QUE ADQUIERE POR CUALQUIER OTRO TITULO

El artículo 430 del Código Civil, dispone que: "En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo -- pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejercen la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto -- que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto".

Dentro de la clasificación que la ley hace al decir que los bienes "adquiridos por cualquier otro título", obviamente que se está hablando de otra fuente que no es el trabajo del menor, y en los cuales éste no ha tenido una intervención directa para su obtención.

Dentro del campo de estos bienes se puede señalar aquellos -- que adquiere el hijo, además de la donación, legado o herencia, los que adquiere en rifas, sorteos y otra clase de eventos de azar.

El artículo anterior se encontrará a lo dispuesto conforme a los artículos 431, 432 y 433.

Artículo 431: "Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda".

Artículo 432: "La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo se considera como donación".

Los padres pueden en cualquier momento renunciar a su derecho a la mitad del usufructo, y esta renuncia sólo puede hacerse a favor del hijo y se considera como donación.

Artículo 433: "Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponde al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad".

Los réditos y rentas vencidas antes de que entren en posesión de los bienes del hijo quienes ejerzán la patria potestad, corresponden al primero.

Dentro de toda esta clase de bienes, es muy explicable el motivo que tuvo el legislador al restringir la capacidad de ejercicio para los menores respecto a los bienes adquiridos "por cualquier otro título", toda vez que su inexperiencia pueda comprometer su patrimonio; es por eso que nuestra legislación prevé la importancia de esa protección consistente en la autorización judicial y en la asistencia de una persona mayor que aconseje al menor, protegiéndolo de los abusos de que pueda ser objeto por parte de terceros. Con la protección del menor, se protege asimismo a los terceros que tienen relación con aquellos, y al establecer nuestra ley la autorización judicial, así como la representación del padre o tutor no se pueda invocar como fuente de nulidad, el hecho de que haya existido dolo o mala fe.

Existe una restricción para los que ejercen la patria potestad, que es el de gravar o enajenar los bienes inmuebles y los muebles, que corresponden al hijo, si no es por una causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, siempre con previa autorización judicial. Asimismo, no podrán rentar los inmuebles por más de cinco años, ni recibir anticipados por más de dos años. El Juez, al conceder licencia para que se enajenen o se grave algún bien, tomará las medidas necesarias para asegurar que el producto de aquél acto, se destine al objeto para lo que se hubo destinado.

El usufructo se extingue para las personas que ejercen la patria potestad por los siguientes motivos: Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor de edad de los hijos; por la pérdida de la patria potestad; y por renuncia.

Cuando las personas que ejerzan la patria potestad tengan intereses opuestos a los de los hijos, éstos serán representados por un tutor que lo nombrará el Juez correspondiente; esta misma autoridad, en todo tiempo tomará las medidas correspondientes para evitar que, por mala administración, los bienes del hijo se derochen o se disminuyan. Estas medidas se tomarán a instancia de las personas interesadas; del menor cuando hubiera cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso.

3.2 LA ADMINISTRACION DE LOS BIENES

Dentro de la institución de la patria potestad, existe el principio, generalmente aceptado por la mayoría de las legislaciones que señala que la administración de los bienes del menor de edad recae en aquellos que ejercen la patria potestad al efecto, el artículo 425 del Código Civil vigente nos dice: "Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este código".

En primer lugar notamos el derecho de representación en cuanto a la persona del menor, y en segundo término, la administración general de los mismos que se otorga a los ascendientes.

Ahora bien, en el moderno tratamiento del problema que puede presentar la patria potestad sobre los diferentes bienes del menor, se presentan dos aspectos principales: La administración y el usufructo; uno y otro derecho corresponde con igual amplitud a los padres como a sus tutores.

Uno de los principales fundamentos sobre los cuales reposa la institución de la patria potestad, consiste en la incapacidad de ejercicio del menor de edad para poder ejercer su derecho sobre sus propios intereses como de sus obligaciones.

Tal es el motivo por el cual se les prohíbe comparecer en juicio o contar sin el expreso consentimiento del padre o ascendiente que ejercerá la patria potestad, quien por otra parte no podría cumplir los deberes u obligaciones que la ley le impone respecto de los bienes de los hijos, si les fuera permitido a éstos, litigar y disponer libremente de su patrimonio; - la razón nos la da el artículo 427 de nuestro ordenamiento legal al afirmar: "La persona que ejercerá la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente".

Como ya dijimos anteriormente, la patria potestad tiene por objeto la integración de la capacidad jurídica del hijo, inhabil por su ignorancia y por su inexperiencia para gobernarse así mismo y administrar sus bienes, motivo por el cual no puede comparecer en juicio ni celebrar contrato alguno, de tal manera que el que ejerce la patria potestad es el legítimo representante y administrador de los bienes que pertenecen al incapaz.

En virtud del poder de representación, el padre celebrará en nombre y por cuenta del hijo, todos los negocios que interesen a éste y tienen el deber de aceptar las donaciones hechas a aquél, así como las herencias, pero en este caso, siempre - lo que el hijo le es dado a pedimento del mismo o de un ascendente, la autoridad intervendrá y autorizará tal donación a favor del menor.

3.3 EL DERECHO DE USUFRUCTO

A los padres que ejercen la patria potestad, el Código Civil les concede el usufructo legal sobre los bienes de los hijos; este derecho esta reconocido incluso en la mayoría de las legislaciones extranjeras.

En los primeros tiempos del Derecho Romano, cuando la persona del padre absorbía la del hijo no podía hablarse del usufructo legal, pero cuando empezó a dibujarse la distinción de ambas personalidades padre e hijo, y se admitieron los peculios fue establecido el usufructo legal de los padres.

"En el derecho romano el usufructo sobre la "bona adventicia" tenía la particularidad de que el padre se le dispensaba de prestar fianza, así como de regir cuentas, aunque se le prohiba vender estos bienes o hipotecarlos. Este peculio tenía - - fuentes muy diversas como consecuencia, los derechos del usufructo sobre dichos bienes cuando emancipaba al hijo". (32)

En el Derecho Mexicano y tal y como se ha señalado anteriormente los bienes de los hijos sujetos a patria potestad se dividen en dos clases:

- a) Los bienes que se adquiere por su trabajo.
- b) Los bienes que se adquiere por cualquier otro título.

{32) RICARDO COUTO, Obra citada, pág. 167

Como ya se trató anteriormente, los bienes que el menor adquiere por su trabajo le pertenecen en propiedad, en administración y en usufructo al mismo.

Respecto de los bienes que adquiere por cualquier otro título la mitad del usufructo será para aquellos que ejercen la patria potestad, y pueden renunciar a ella siempre en favor del hijo, teniendo que hacerlo por escrito.

Ahora bien, respecto al usufructo de los bienes concedidos a quienes ejerzán la patria potestad, trae aparejado para el usufructuario la obligación contenida en el Capítulo II, del Título Sexto, osea, la obligación alimentaria que siempre es recíproca, operándose una modalidad al respecto, la cual consigna el artículo 319 que dice: "En los casos en que los que ejerzán la patria potestad gocen de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad, y si ésta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzán la patria potestad".

Además de esta obligación que le nace al usufructuario de los bienes del menor, el Código Civil expresamente dice en su artículo 1006, "Que el usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado:

- I. A formar a sus expensas, con citación del dueño, un inventario de todos ellos, haciendo tasar los muebles y -- constar el estado en que se hallen los inmuebles;
- II. A dar la correspondiente fianza de que disfrutará de las cosas con moderación y las restituirá al propietario con sus accesiones, al extinguirse el usufructo, no empeoradas ni deterioradas por su negligencia, salvo lo dispuesto en el artículo 434". A esta última fracción debe agradecerse que se otorgará fianza:

- a) Cuando el que ejerzará la patria potestad haya sido declarado en quiebra o esté concursado;
- b) Cuando contraiga ulteriores nupcias;
- c) Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

El derecho de usufructuar los bienes del menor por parte de quien ejerce la patria potestad, se extingue por tres motivos

- a) Por la emancipación o mayoría de edad de los hijos;
- b) Por la pérdida de la patria potestad (se alude lógicamente a una pérdida condenatoria); y
- c) Por renuncia.

Tal y como lo señala el artículo 438 del Código Civil.

Pues bien, tratándose de los bienes de la segunda clase, o sea, de aquellos que el menor ha obtenido por cualquier otro título que no sea su trabajo, ya mencionamos que la ley claramente hace referencia que la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y el otro cincuenta por ciento del usufructo corresponde a la persona que ejerzará la patria potestad. Este goce es lo que se llama usufructo legal, mismo que tiene su origen sin duda alguna, en el derecho consuetudinario, porque se acostumbra, que al morir uno de los cónyuges, el cónyuge superviviente obviamente le quedaba el ejercicio de la patria potestad, prescribiendo en su propio derecho las rentas de los bienes que sus hijos menores tenían de la sucesión del predecesor, en recompensa de la educación que daba a sus hijos. A este goce se guarda el tinte simple de "derecho común", o sea, el usufructo legal que le corresponde al padre durante la menor de edad del hijo. Ahora bien, si este derecho de goce a favor de los padres se estima como una verdadera recompensa por la educación, no es una gracia por la que tenga que recibir reciprocidad, sino que es un deber del padre y de la madre a quienes les nace tal, por el simple hecho de haber dado la vida. Sin embargo, respecto al cuestionamiento de que si puede o no el padre pedirle una recompensa al hijo por haberlo educado, el autor Proudhon menciona que: la idea de recompensarlo está en oposición con la esencia misma del derecho de educación, ya que en el antiguo Derecho Romano, la guarda era efecto inmoderado de la potestad paternal.

Al respecto de aceptar como recompensa ese derecho de goce -- que lo constituye el usufructo a favor del padre de los bienes del menor, Proudhon critica la imagen de asalariado que se le da al padre, y concluye diciendo que el usufructo legal que tiene al padre frente a los bienes del hijo, por esa misma relación de autoridad, e incluso, porque sería contrario a la moral presentar al padre o a la madre frente al hijo como sostenido una relación de simple agente de negocios, o representante económico como en una burda relación patronal. (33)

Cuando todos los autores reproducen o atienden en una u otra forma estas objeciones, la verdad es que el padre siempre resulta responsable de la administración de los bienes de sus hijos menores, aún cuando no posea el usufructo, y ello, por un reflejo de la propia naturaleza de la relación.

En síntesis podemos decir que el usufructo legal es una recompensa inherente al ejercicio de la patria potestad, por ende, se debe considerar como un derecho pecuniario, más que como un derecho moral o de gratitud, nacido aquél de los bienes de los hijos menores que los adquieren por legado, herencia, donación, o por cualquier otro móvil que no sea el propio trabajo.

Los precedentes históricos del usufructo legal se encuentran en la legislación justiniana, precisamente cuando ésta habla del usufructo otorgado al "pater familias" sobre la "bona adventicia" del filius, y debe decirse que el derecho en cuestión siempre se consideró como atributo estrictamente patrimonial de la patria potestad.

La regla general es que a los padres o a los que ejerzán la patria potestad fuera de aquellos, se les atribuye un derecho real de usufructo sobre los bienes que adquiere el menor por cualquier otro título que no sea el trabajo que este mismo adquirirá.

(33) PROUDHON, tratado de los Derechos de Usufructo, Tomo I.

En el derecho moderno se ha buscado otorgarle al padre o a quien ejerzará la patria potestad una compensación, por los cuidados y gastos que pesan sobre él, por la manutención de los hijos, y el usufructo viene a ser el medio de asegurar el cumplimiento de dichos deberes paternales. Es de hacerse notar que esta figura usufructo ha conservado las limitaciones objetivas que tenía en la antigüedad, pues entre otras, no se otorgaba sobre todos los bienes del hijo sino solamente sobre los que éste adquiriría por donación, sucesión hereditaria o por cualquier otro medio lucrativo que no fuese su trabajo.

En la actualidad, el derecho de usufructo sobre los bienes de los menores corresponde a quien ejerzará la patria potestad, transfiriéndose el mismo al cónyuge superviviente si alguno de los padres muere.

Y como el atributo inherente al poder familiar, es inseparable de éste, es inalienable porque no puede cederse ni siquiera su ejercicio; no es hipotecable, ni puede ser objeto de ejecución por parte de los acreedores del padre usufructuario. Todas estas características del contenido de goce de aquél, lo cual hace a éste usufructo legal, diferente al ordinario.

El artículo 980 del Código Civil, nos dice acerca del usufructo ordinario, lo siguiente: "El usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar los bienes ajenos". Bien sabido es que la propiedad, la nuda propiedad, comprende los derechos de usar, gozar y disfrutar de la cosa, o lo que es lo mismo de servirse de ella cuantas veces fuere necesario o de cederle a abandonarla; pero en el usufructo, como es natural desmembramiento de la propiedad, se comprenden tan solo los derechos de usar y disfrutar de la cosa, sin aquella disposición ilimitada sobre la misma.

Cuando el Código dice "disfrutar", debemos entender que en ese disfrute están comprendidos a la vez, el derecho de servirse de la cosa y el de percibir sus frutos y rendimientos.

De la misma definición que hace nuestro Código del usufructo se infiere que como derecho real, impone al usufructuario, la de servirse de la cosa conforme al uso para la que está destinada, ya por naturaleza o ya por la voluntad del propietario; es decir, el titular de este derecho no puede alterar la forma o substancia de la cosa usufructuada.

La diferencia entre el usufructo ordinario y el legal estriba en el contenido de goce. En efecto, mientras que en el usufructo común u ordinario gravitan sobre el usufructuario los cargos que la ley establece, en el usufructo legal, además de los cargos normales, siempre se agregan los gastos de manutención y educación del hijo, ya que éstos son los objetivos preferentes del usufructo legal. Y como contrapartida, en esta clase de usufructo se exige al padre de la obligación de prestar fianza por el disfrute de la cosa, porque aquella fianza sería incompatible con la dignidad del padre y con la relación de subordinar lo que existe entre padre e hijo.

Al analizar el artículo 430 del propio ordenamiento vemos que éste, al decir "En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejercen la patria potestad...", se puede advertir que el usufructo que se otorga al ascendiente, no tiene los caracteres del usufructo ordinario o común, el que si constituye un verdadero desmembramiento de la propiedad, mientras que aquél, constituye un atributo inherente a la patria potestad, que como ésta, se halla fuera del comercio y no pueda enajenarse, y es sólo un derecho útil que no otorga al ascendiente más que la facultad de percibir la mitad de los frutos de los bienes que administren.

Por su parte el artículo 431 nos dice: "Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda". A fin de tener la idea completa, el artículo 432 dice: "La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo se considera como donación".

Según lo expuesto, el padre tiene facultad de ceder a favor - de sus hijos la mitad del usufructo que le otorga la ley, pero la renuncia redundará en provecho de los hijos en cuyo favor la hace y en perjuicio de sus coherederos, para evitar todo género de igualdad entre ellos, se estipulan que la renuncia se considerará como donación, a fin de que se incluya el importe de los frutos que por ella hubiere percibido, en su caso, la masa hereditaria del padre.

Si existen frutos civiles antes de que los abuelos o adoptante tomen posesión de los bienes cuya propiedad pertenecen al menor, aquellos frutos siempre pertenecerán a éste, y en ningún caso lo gozarán quienes ejerzan la patria potestad. Apoyándose lo anterior, el artículo 433 nos dice: "Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponden al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad".

Por lo que queda plenamente establecido que el usufructo se concede al padre como una retribución debida por los cuidados y molestias que le causa la administración de los bienes de sus hijos, y por consiguiente la ley respecto a los frutos obtenidos antes de que se haga cargo de tal administración, sino que entonces forma parte del capital de aquellos.

El usufructo concedido por la ley al padre, sobre los bienes de sus hijos le impone, el deber de dar alimentos a éstos, como ya lo mencionamos anteriormente lo exime de dar fianza por que sería inferirle una injuria gratuita cuando la presunción "juris tantum" (salvo prueba en contrario), de que administrará con todo esmero los bienes de sus hijos. Debemos aclarar que la obligación de dar alimentos al hijo, impuesta por la ley con cargo al usufructo, es bastante diferente de aquella regla general concretada en los artículos 303 y 304 del ordenamiento a que se hace referencia.

En efecto, en estos artículos se señala una reciprocidad de dar alimentos, es decir, tanto al padre para los hijos, como de éstos para con el padre; teniendo en cuenta la norma establecida en el artículo 311, que señala: "Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlas...".

FORMAS DE TERMINAR EL USUFRUCTO LEGAL

Ahora nos toca analizar el fin del usufructo legal, al respecto el artículo 438 del Código Civil que nos dice: "El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:

- I. Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos;
- II. Por la pérdida de la patria potestad;
- III. Por renuncia".

El usufructo, como ya se comentó anteriormente, es un derecho inherente a la patria potestad y por tanto se extingue por todos aquellos modos como se pierde ésta; en consecuencia, al artículo transcrito debemos agregarle la condena judicial que imponga "la pérdida de la patria potestad".

Por lo que respecta al termino del usufructo por emancipación o mayoría de edad, el menor de edad sale de la patria potestad, disponiendo así libremente de su persona y administrar sus bienes. El menor de edad que logra su emancipación por el matrimonio, goza de una capacidad menos extensa que la que corresponde a la persona mayor de edad (artículo 451 del Código Civil) El cual establece las restricciones del menor de edad incapacitado, referentes a los actos relativos a la disposición y gravamen de los bienes muebles y a la capacidad procesal, en el primer caso necesita autorización judicial y en el segundo caso requiere de un tutor especial (artículo 643 C.C.)

En la fracción segunda del artículo en cuestión menciona que - el usufructo legal termina por la pérdida de la patria potestad y esta se pierde según el artículo 444 en los siguientes casos:

- I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283.
- III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudieran comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la penal, y
- IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

Mas adelante analizaremos cada una de las siguientes fracciones del artículo antes mencionado.

En lo que corresponde a la terminación del usufructo legal en su última fracción nos dice que por renuncia, aquí se puede dar dos casos, el primero que los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendolo constar por escrito y en un segundo caso cuando los padres ya no deseen hacerse cargo de los bienes del menor.

3.4 LIMITACIONES DE LA ADMINISTRACION

Es indudable que toda administración lleva consigo la práctica de una serie de actos, tendientes unos a la conservación y - - otros al acrecentamiento de lo administrado; para unos y para otros supone a veces la necesidad de realizar actos de disponer

sición de mayor o menor envergadura, a veces con consecuencia-judiciales; de aquí que la ley, siempre prevista, para que nunca quede desamparada la protección del menor o incapacitado, - establece que en determinados actos que se vayan a realizar -- por el que ejercen la patria potestad o la tutela, se requiera de la autoridad judicial.

Según lo establece el artículo 436, "Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar 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.. La idea fundamental que preside es que sin la previa autorización del juez de lo familiar - ante quien deberá probarse la absoluta necesidad o evidente beneficio para el menor, con la ejecución de esos actos; debiendo cuidar que el producto de la venta se dedique al objeto para el que se destinó.

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

Lo que resalta como verdad jurídica es que, tanto el que ejerce la patria potestad como aquel que desempeña el cargo de tutor y por extensión el de curador. tiene una serie de limitaciones en la propia administración.

El que haya sido elegido para ejercer la patria potestad representará en toda clase de juicios al menor, siempre con la autorización judicial cuando el caso lo requiera. En efecto los jueces, a instancia de las personas que bien pueden ser el menor o el ministerio público, deberán tomar las medidas urgentes o necesarias, a fin de impedir que por la mala administración del que ejerce la patria potestad, el acervo patrimonial del menor se disminuya o se dilapide. (artículo 643 fracción II)

Precisamente en prevención de esa disminución o dilapación de los bienes del menor por parte del que ejerce la patria potestad, la ley establece expresamente impedimentos (que no son otra cosa que limitaciones a la administración), para que se graven o enajenen bienes al hijo, si no hay una causa que contenga una necesidad urgente, o bien una causa que beneficie -- claramente el patrimonio del menor.

La titularidad de la patria potestad en la esfera patrimonial- conlleva la representación legal de los bienes de los hijos y la facultad de disponer de sus bienes. ahora bien, la necesidad de conservar el patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad requiere ciertas limitaciones legales para los actos de enajenación de los bienes que forman parte de ese patrimonio.

Así Manresa, al hablar de los actos que necesitaban autorización judicial, tratándose de bienes inmuebles, decía que, además de para su enajenación y para imponer sobre ellos algún -- gravamen, se necesitaría autorización judicial para todos los actos que tuviesen por objeto la extinción de derechos reales- sobre inmuebles, como son la cesión, renuncia.

Concretamente, las limitaciones a la administración se encuentran en el artículo 920 del Código de Procedimientos Civiles - que dice: "Para la venta de los bienes inmuebles del hijo o de los muebles preciosos, requerirán los que ejercen la patria potestad la autorización judicial en los mismos términos que los señalados en el artículo 916.

Al respecto el artículo 916 indica 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.

Si fuere el tutor quien solicitare la venta debe proponer al - hacer la promoción las bases del remate en cuanto a la cantidad que deba darse de contado, el plazo interés y garantías del remanente.

La solicitud del tutor se sustanciará en forma de incidente -- con el curador y el Ministerio Público. La sentencia que se -- dicte es apelable en ambos efectos.

Los peritos que se designen para hacer el avalúo serán nombrados por el juez".

Este artículo es muy explícito en cuanto a los requisitos necesarios para poder vender bienes del menor, tomando en consideración los motivos por los cuales se va a llevar a cabo esa venta además en que se utilizará o invertirá la suma que se obtenga; tendrá por lo tanto que antes de efectuarse la venta el juez nombrará a los peritos valuadores del bien.

Pero en realidad la protección de los bienes del menor va más allá. La ley prohíbe asimismo, que el titular de la patria potestad celebre contratos de arrendamiento por más de cinco años realice donaciones o bien, venda valores en franca desventaja con los precios que rigen en el mercado. De todo esto, la persona que ejerza la patria potestad, informará con antelación a la autoridad competente, para que ésta se otorgue su adquisición.

Ahora bien, cuando por voluntad del padre, el hijo menor administra los bienes, o algunos bienes, la ley considera al hijo como emancipado para estos efectos en particular.

A fin de dar cumplimiento a la garantía de buen administrador de los bienes del hijo, el artículo 440 del Código Civil expone: "En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad, tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados en juicio y fuera de él, por el tutor nombrado por el juez para cada caso". Esto es precisamente -- una limitación mas en el ejercicio de la administración.

El artículo 441 del mismo ordenamiento, reza: "Los jueces tienen facultades de tomar las medidas necesarias para impedir -- que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan. -- Estas medidas se tomarán a instancias de la persona interesada del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso".

Ya sabemos que quienes ejercen la patria potestad de los menores son legítimos representantes y administradores de los bienes que les pertenecen a éstos. Lo anterior con el objeto de justificar el porqué el padre no puede ni enajenar, ni gravar los inmuebles que les corresponden en usufructo y administración, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio al patrimonio del menor, y todo ésto, con la respectiva autorización del Juez.

El Código de Procedimientos Civiles corrobora lo anterior en su artículo 915 que declara: "Será necesaria licencia judicial para la venta de los bienes que pertenezcan exclusivamente a menores o incapacitados y corresponden a las clases siguientes Primera, bienes raices; segunda, derechos reales sobre inmuebles; tercera, alhajas y muebles preciosos; cuarta, acciones de compañías industriales o mercantiles, cuyo valor exceda de cinco mil pesos".

Respecto a las alhajas y muebles preciosos, la ley de atribuciones al juez para que determine la conveniencia o no de la venta; si esta llegara a decretar se hará por conducto del Monte de Piedad y conforme a los lineamientos señalados en el artículo 598 del código de Procedimientos Civiles.

Cuando el juez conceda la licencia respectiva para vender algún bien inmueble o mueble de alto valor, perteneciente al menor, cuidará que ese producto en efectivo se invierta convenientemente en el objeto para que se destine y el remanente en otra adquisición o en una hipoteca segura. Mientras esto último no sucede, el dinero deberá depositarse en una institución de crédito a nombre del menor. Así lo dispone el artículo 437 del Código Civil.

Todas estas prohibiciones para quien ejercen la patria potestad y la administración de los bienes del menor se basan en que el padre solo ejercen actos de administración y no de dominio en ese caso específico.

Ahora bien, con el fin de proteger una vez más a los bienes de unincapaz, la ley creó en favor de éste, el privilegio de pago de daños y perjuicios.

En lo que se refiere a la patria potestad, aún cuando el Código Civil no regula de manera especial la administración de daños y perjuicios a cargo de los padres o abuelos que ejerzan la patria potestad, debe considerarse que toda violación a las normas prohibitivas, especialmente las constiuidas en los artículos 436, 437 y 440, es sancionada.

Los jueces están facultados para tomar las medidas necesarias a efecto de impedir que por mala administración de quienes ejercen la patria potestad, se causen daños a los bienes de los hijos o nietos.

3.5 FIN DE LA ADMINISTRACION Y ENTREGA DE LOS BIENES.

Tan luego que los hijos salen de la patria potestad, por la mayoría de edad o por la emancipación, cesa el motivo por el cual los padres o abuelos deben restituirlos con todos los frutos civiles que hayan capitalizado con la administración o el usufructo; por la misma razón, los titulares de la patria potestad deben de dar cuenta de su gerencia cuando se trate de bienes que el hijo hubiere adquirido por su trabajo; por que como todo administrador de bienes ajenos deben cumplir con la obligación de rendir cuentas.

Sobre el fin de la administración o la entrega de bienes, el artículo 442 del Código Civil vigente, menciona que "Las personas que ejerzán la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego de éstos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen". De tal forma, -- con dicha mayoría de edad o emancipación, se dará fin a la administración de los bienes del menor.

CAPITULO CUARTO

"DERECHO POSITIVO MEXICANO"

4.1 FUNDAMENTO DE LA AUTORIDAD PATERNA

La patria potestad como tal, se origina con el hecho biológico del nacimiento y recaé su ejercicio sobre los progenitores o mejor dicho la fuente real es originalmente la paternidad y la maternidad.

Desde el derecho Romano y actualmente varios autores coinciden y nos unimos a ellos; que la patria potestad se situa en el Derecho Natural, ya que todo se origina de la creación del ser humano.

LAS PARTIDAS dicen al respecto: "Piedad e debda natural deven mover a los padres para criar a los hijos, dádoles efaziendoles lo que es menestar, segun su poder. Estos se deben mover a fazer por debdo natural, casi las bestias que no hay razón ni entendimiento aman naturalmente y criar sus hijos, muchos más los deben fazer los omes que han entendimiento e sentido sobre todas las otras cosas". (34)

Lo que significa que es por naturaleza del hombre el criar y cuidar a sus hijos, porque si las bestias que no tienen entendimiento aman a sus hijos naturalmente y sin que nadie les diga, con mayor razón los hombres que tienen entendimiento y sentido sobre otras cosas.

De esta forma, los padres adquieren una autoridad sobre sus hijos que la ley le confiere para el mejor cumplimiento de sus obligaciones.

(34) Partida IV Título XIV Proemio.
PRIMER CURSO DE DERECHO CIVIL. Galindo Garfias Ignacio.
Pág. 670. Ed. Porrúa.

Esta autoridad nunca se dá aisladamente a una sola persona, - sino es un deber recíproco que se confiere conjunta y compartidamente al hombre y la mujer, con el fin primordial de lograr la estabilidad en el grupo familiar en todos los sentidos.

La mencionada autoridad, en todo momento debe ser ejercida en forma moderada, ya que aunque nuestra legislación civil vigente faculta a los padres de hacer uso del derecho de corrección, este debe ser moderado, pues en todo caso el abuso de este derecho por parte de los progenitores los hace acreedores a sanciones de tipo penal.

4.2 CONCEPTO, CONTENIDO Y NATURALEZA DE LA PATRIA POTESTAD.

A.- CONCEPTO.

La regulación de la patria potestad, en el título VIII del libro I del Código Civil, nos obliga a definir este concepto y esta institución.

El Código Civil no define la patria potestad ni en su título VIII ni en ningún otro artículo.

Así, en el Derecho histórico español, las Partidas apuntaron una definición cuando decían: "Patria potestas en latín, tanto quier dezir en romance, como el poder que han los padres - fobre los fijos". (35)

A pesar de no existir una definición legal de la patria potestad, en la Compilación foral de Navarra de 1973, o Fuero Nuevo, encontramos una definición en la Ley 63 que dice: "La patria potestad es el poder de fijar y señalar el dominio de una familia, regir las personas que la integran o conviven en la casa, así como mantener y defender el patrimonio de la familia y el nombre de la casa". (36)

(35) Partida 4a., tít. 17 Ley 1 ob. cit.

(36) MANUAL DE DERECHO CIVIL NAVARRO, Salinas Quijada F., Pamplona, 1980, Pág. 403.

MANRESA, define la patria potestad como "el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres relativamente a la persona y bienes de sus hijos, hasta su mayoría o emancipación y aun después de éstas en ciertas circunstancias". (37)

CLEMENTE DE DIEGO la define como "El deber y el derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos". (38)

PLANIOL define a la patria potestad como "el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales". (39)

COLIN Y CAPITANT la definen como "el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos, en tanto que son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre ellos". (40)

Manresa y Clemente de Diego en sus definiciones acerca de la patria potestad lo han hecho considerandola como un deber y derecho de los padres sobre los hijos, cuando en realidad debería de considerarse como una "facultad" y derecho que la Ley concede a los progenitores para que en el ejercicio de esa autoridad, puedan cumplir esa función ético social que actualmente es la razón que funda la autoridad paterna.

En las definiciones de Planiol, Colin y Capitant, toman en cuenta a la Ley como protectora de esta facultad y derechos atribuidos a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. De esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y la maternidad

(37) MANRESA Y NAVARRO, J.M., Comentarios al Código Civil español, t. II 4a. Ed., Madrid, 1914, pág. 8.

(38) CLEMENTE DE DIEGO, F., Instituciones de Derecho Civil español, t.II, Madrid, 1930, pág. 538.

(39) GALINDO GARFIAS I. Ob. cit. pág. 670.

(40) Ob. cit. pág. 670

Nosotros definiríamos la patria potestad como "el conjunto de facultades que se otorga a los padres para el cumplimiento - de los deberes que la paternidad impone".

B.- CONTENIDO

Sobre el contenido de la patria potestad, algunos juristas dicen que tiene un contenido moral y jurídico, los cuales se encuentran entrelazados, sin que ninguno de ellos puedan ser separados del otro sin atacar la naturaleza esencial de esta institución, en cambio en el derecho objetivo menciona un contenido de orden natural o sea la procreación y afectivo la adopción.

Además un contenido ético al cual le interesa la responsabilidad moral para ambos sujetos (el hijo y los progenitores). -- Pues muy claramente está contemplada en nuestro Código Civil-vigente en su artículo 411 "Los hijos, cualesquiera su estado edad, condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes", su antecedente lo hayamos en el deber moral -- del Décalogo, el cual dice: "Honraras a tu padre y a tu madre

Contenido Social.- El contenido de la patria potestad en el ámbito social es de gran importancia, ya que como grupo familiar le interesa al Estado, pues los poderes que ejercen los padres son de interés público, entonces por lo tanto el estar desempeñando bien su función se va a reflejar en el Estado.

En la declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 16, nos habla, "que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

B.- NATURALEZA

Las potestades que integran la autoridad paterna son de naturaleza compleja; ordinariamente asumen a la vez la condición de derechos y deberes.

El poder antiguamente era considerado como un poder absoluto -- ya como mencionamos lo tenía el "pater familias" o jefe de familia sobre sus descendientes, sobre su mujer y sobre su esclavo, por tanto era un estado de completa sumisión frente al que un poder vitalicio la ejercía.

Al paso del tiempo se fueron suavizando los efectos hasta que actualmente tiene como finalidad proteger a la persona sujeta a ella.

El educar un hijo, vivir a su lado, cuidar de su persona y -- sus bienes constituye un poder normal para el padre como fuente de las más perdurables satisfacciones y alegrías. Al atribuirles estas potestades, la ley lo reconoce como un derecho natural, pero le impone al mismo tiempo su cumplimiento como una obligación.

Se conjugan así el interés paterno con el familiar y social -- dando origen a esta categoría de derechos deberes que caracterizan a la institución.

Ahora bien, esos poderes familiares son medios dados para la actuación de los deberes, son fines altruistas, la esencia -- del derecho de familia está en eso, que al titular incumben -- deberes éticos con relación a otros, y la potestad familiar -- no sirve al interés exclusivo del investido del poder, sino -- aquellos que le están sometidos, y por ello el ejercicio no está más en su conveniencia sino que es elevado a la obligación.

El deber es lo principal y el derecho es dado como medio para el cumplimiento de aquél. Tal obligación tiene investido de la potestad respecto del Estado, por el cual puede ser consuetudinario al cumplimiento; Por ello los derechos de familia son protegidos no sólo por invocación del interesado, sino también de oficio.

Galindo Garfías, nos menciona que en la naturaleza jurídica -- de la patria potestad encuentra que si bien es un cargo de derecho privado, se ejerce en interés público.

Desde el punto de vista interno, la patria potestad organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores, esta constituida primordialmente por un conjunto de deberes alrededor de los cuales y en razón de los mismos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes la ejercen un conjunto de facultades.

La relación en su aspecto interno ha sido clasificado como un deber y no como una obligación, encuentra su razón de ser en las características especiales que esta conlleva, pues al igual que el resto de las relaciones de tipo extrapatrimonial del derecho de familia se le atribuyen entre otras peculiaridades su contenido no económico, su influencia religiosa y moral, así como su falta de coercibilidad.

Claro que ellos tienen libertad de hacer que su función como padres sea como ellos la desean siempre y cuando sea función en interés del hijo. Porque además se les está confiando la protección y administración de los bienes del hijo sin que se les pida una garantía como sucede en la tutela.

En la patria potestad la garantía del cumplimiento de esa importante función descansa en los lazos de afecto, que existen en el progenitor para educar y formar a los hijos.

4.3 CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad presenta las siguientes características:

- A) Irrenunciable
- B) Intransferible
- C) Temporal
- D) Imprescriptible
- E) Excusable
- F) Es de interés público

A) IRRENUNCIABLE

De acuerdo con el artículo 448 del Código Civil, nos señala claramente que, "La patria potestad no es renunciable", y --- también en la misma ley señala en su artículo sexto que sólo "pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público".

Como la patria potestad tiene un significado de interés público, de ahí que textualmente se le considere irrenunciable, además es un cargo, que se deriva de su propia naturaleza, ya que implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto al traer hijos al mundo.

Como es un cargo irrenunciable la patria potestad en cuanto a los derechos y deberes que componen a esta institución se considera de interés público; porque el derecho, que es un instrumento de convivencia, recoge los derechos o valores mínimos de las relaciones humanas, entre ellos la protección de los desvallidos y lo eleva a la categoría de conductas de interés público.

El Estado, la Sociedad y la familia tienen interés en la adecuada formación de los menores, y por ello resulta irrenunciable.

B) INTRANSFERIBLE

La patria potestad tiene un carácter personalísimo porque es de relación familiar, ya que no puede transferirse por ningún título oneroso ni gratuito. Sino que sólo se transmite por medio de la figura de la adopción.

De tal manera que cuando un menor de edad esta sujeto a la patria potestad y a los que la ejercen, dan su consentimiento para que el hijo o el nieto sea dado en adopción, se transmite a través de este acto el ejercicio de la patria potestad, que pasa a los padres adptantes. Fuera de este acto jurídico que tiene que revestir todas las formalidades exigidas por la ley y ser acordada por el juez de los familiares, ya que no existe otra forma de transmitir ese ejercicio. En relación -- con lo anteriormente mencionado lo podemos encontrar en el artículo 403 del Código Civil, que dice: "Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen -- por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante....".

C) TEMPORAL

Las potestades paternas se reconocen teniendo en cuenta primordialmente el interés del hijo, por tanto, deben ser ejercidas en consecuencia con ese fin. Por eso la patria potestad no es perpetua, termina cuando los hijos menores de edad contraen matrimonio o cuando cumplen la mayoría de edad, es decir, cuando el hijo pueda ya prescindir de la tutela de sus progenitores.

D) IMPRESCRIPTIBLE

Esta característica es muy importante ya que la patria potestad no se adquiere ni mucho menos se extingue por prescripción.

El hecho de que el que está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello la obligación, ni su derecho para entrar a su ejercicio. Lo propio sucede con el sujeto que sin ser padre o madre o ascendiente, protege y representa de hecho a un menor, no adquiere por el transcurso del tiempo ese cargo.

El mismo sólo corresponde al quien la misma ley señale: Padre abuelos, nadie más, y entre estos también debe seguirse el orden que se señala.

E) EXCUSABLE

La ley permite que, en ciertas circunstancias, los que ejercen la patria potestad o tengan que entrar en el ejercicio de la misma se excusen de cumplirla.

1. Cuando se tienen sesenta años cumplidos.
2. Cuando por el mal estado habitual de salud no se puede atender debidamente a su desempeño. (artículo 448 del Código Civil).

Dicha norma es totalmente justa, pues el ejercicio de la patria potestad implica el cumplimiento de una serie de deberes que pueden resultar sumamente fatigosos para las personas agotadas por la edad avanzada o por su salud.

Cuando quien ejerce la patria potestad o deba de ejercerla se encuentre en estas condiciones, puede excusarse de cumplir ante el juez de lo familiar.

F) ES DE INTERES PUBLICO

Por ser considerada la familia una célula primaria respecto del elemento poblacional, el gobierno del estado tiene especial interés en el desenvolvimiento de las relaciones que se dan en el seno de la familia. Siendo en su origen la patria potestad la exteriorización más cabal de los poderes del padre familias; motivo por el cual, no obstante pertenecer al derecho de la familia a las ramas del Derecho Privado, da a las relaciones de tipo familiar un marcado matiz de interés público.

Por ello no ha dejado de utilizar Cicu para fundar su doctrina, presentando como fines únicos y antagónicos de la patria potestad, el interés del padre o el interés familiar. Plan---teando así el dilema, le fue fácil impugnar la primera tesis---después de sostener que la doctrina no dudó que la patria potestad tenga como fundamento un interés Individual del progenitor, aceptando solamente como variante que la "opinión común" reconoce también que "El derecho de la patria potestad no está dado en el interés individual egoístico del progenitor, pero no sospechó que esto pueda influir radicalmente sobre la naturaleza del derecho, quizá porque no quiere señalar otra cosa sino que se trata de interés no patrimonial, como resultado del hecho de que lo sustituye comúnmente la expresión interés moral. (41)

Lo cual se constata en lo preceptuado por el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que establece: "todos los problemas, inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad".

Por lo tanto "El derecho, que es un instrumento de convivencia recoge los valores mínimos de las relaciones humanas, entre ellos el de la protección a los desvalidos y los eleva a la categoría de interés público. La patria potestad es la -- institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos mientras estos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse, así mismos. El conjunto de deberes y de derechos que componen esta institución se deberá considerar de interés público al establecer la ley como un cargo irrenunciable". (42)

4.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES INHERENTES A LA PATRIA POTESTAD

El hablar de los derechos y obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad necesariamente nos impone recordar la excelente base jurídica que el maestro García Maynez aporta en su tradicional obra, al señalar que en un estado de derecho, siempre existirán preceptos o normas impero-atributiva que al mismo tiempo imponen deberes y conceden facultades. (43)

Así destacaremos en este trabajo particularmente que la función encomendada a los padres, requieren éstos de ciertos derechos que son al propio tiempo deberes, convirtiéndose tal relación, en un doble carácter de deberes y derechos, que se dan a un mismo tiempo y en forma correlativa con los hijos.

Por cuanto hace a las funciones de los padres, como sujetos activos de la patria potestad, observamos los siguientes deberes con sus correlativos derechos:

A) FUNCION DE GUARDA Y CUSTODIA

Dicha función traducida a la norma impero-atributiva, descubre que frente a las obligaciones que tienen los padres de proteger a sus hijos, esto es, tenerlos bajo su guarda y custodia, que no es otra cosa, más que el cuidado sobre ellos, les corresponde a su vez el derecho de gozar de su compañía.

Esta función comprende un amplio concepto de gobierno de los padres hacia los hijos, como la educación, la vigilancia, la corrección, etc., cuestiones que más adelante hablaremos.

respecto a esta situación, lo normal es que los padres tengan bajo su guarda y cuidado a sus hijos en el hogar que de común acuerdo la pareja previamente estableció para ello, ya que como lo hace notar Cicu... "El hogar familiar es, en efecto, el lugar más adecuado en principio para la vida del menor. Los menores deben, por tanto, habitar en el hogar común de los padres; así el domicilio de los padres es al propio tiempo domicilio legal de los hijos..." (44)

(41) CICU. Derecho de Familia, Pág. 147, No.2

(42) GARCIA MAYNEZ, op. citada., Pág. 37

(43) SARA MONTERO DUHALT, Derecho de familia, Pág. 342.

(44) CICU ANTONIO, Ob. cit. Pág., 297.

Considerando las palabras transcritas del citado autor, es -- precisamente la unidad familiar la que ofrece la seguridad y la libertad de los componentes familiares, a través del hogar mismo de los progenitores, digamos que es un pequeño mundo, - donde los hijos son los reinantes y subditos de tal imperio. Esta situación, desde luego, está prevista en nuestra ley positiva; que contempla su regulación en los artículos 421 y 31 fracción I, del Código Civil, que en su parte conducente dice "Mientras estuviere el hijo en la patria potestad no podrá de jar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o de - creto de la autoridad competente". (artículo 421)

"Se reputa domicilio legal: I. Del menor de edad no emancipa- do el de la persona a cuya patria potestad está sujeto". - - (artículo 31)

No obstante lo anterior preceptuado, tal situación tomo otro- rumbo de conveniencia o de rompimiento al equilibrio familiar en el primer caso, se puede dar un cierto margen descercional a los padres para cumplir dicha función, observando que en o- caciones les es aconsejable, que para la guarda y educación - de los hijos sería favorable encomendar o auxiliarse de ins- tituciones de enseñanza especialmente destinadas a tal fin, de - safortunadamente y aunque en casos mínimos se da este supues- to, debido a las ocupaciones de los padres que se ven obliga- dos antes que nada, a cubrir las afixiantes necesidades inme- diatas de los propios hijos y de ellos mismos. En el segundo- caso, vendría siendo la ruptura de entendimiento por parte de los padres cuando estos ha llegado a los divorcios, nulidades de matrimonio, separaciones, etc., y por consiguiente el desa- hogarse el hogar se perjudica a los hijos grandemente quienes al no vivir en compañía de sus progenitores surge la penosa - situación de determinar a quien de los padres o incluso de -- terceras personas, se les va a conceder la guarda y custodia- de los menores provisionalmente, mientras se sigue la subtan- ciación de un proceso, y se espera la sentencia qu resuelva - definitivamente sobre la atribución de la patria potestad.

Por otra parte, se puede hablar de igual forma de los hijos - que incurran en algún, ilícito, los cuales se ven afectado en cuanto a la determinación de los consejeros de menores, que - ordenan que sean sometidos a un internamiento para su readaptación al medio social, o bien se les designe para habitar -- temporalmente una casa distinta a la de sus padres, quizás ba jo la observancia de la persona interesada en vigilar con pro fesionalismo su conducta. Para finalizar con este apartado - de igual manera, podemos observar que el padre se ve afectado para el cumplimiento de su función, ya sea porque el menor a bandona la casa, o bien porque se a retenido por un tercero, - tendrá el derecho de reclamar, en primer caso, la reintegra-- ción de dicho menor al domicilio familiar con auxilio de la - autoridad respectiva; y, en el segundo caso también tendrá - el derecho natural y absoluta de solicitar, en vía de reclamo su reivindicación, y la posibilidad de pedir la regulación - del mencionado derecho, esto es el ejercicio de la patria po-- testad que tiene sobre sus hijos menores de edad no emancipa-- dos, demanda que será solicitada en base a causa justa y moti-- vada.

B) OBLIGACION DE ALIMENTAR A LOS HIJOS MENORES O INCAPACITADO

Citando lo que las partidas ordenaban al respecto, comentaremos el presente punto. Las leyes de Alfonso el sabio imponía a los padres el deber de crianza de los hijos, precisando su alcance, al decir: "Les deben dar que coman, e que vistan, e que calcen, e lugar do moren, a todas las otras cosas que - les fuere menester, sin las quales non pueden los omes bibir!" (45)

De esta manera comprendemos que dicho deber es identificado - como función natural, en la desde el inicio de la vida de los hijos los padres la cumplen en forma instintiva, a través de la asistencia protectora; así el autor Ruíz Lugo describe - - "La descendencia al inicio de sus vidas, es alimentada con la le che materna, por un instinto primitivo, ya que aún las fieras producen de igual manera...Así pues, una vez que el individuo dejó de ser lactante, continúa teniendo ciertos impedimentos- paraconseguir sus medios de subsistencia, hasta que adquiere-

(45) Part. 4a., Tit. XIX, Ley 2º, Enciclopedia OMEBA.

desarrollo físico y mental, así como el aprendizaje que han de permitirle obtenerlos más adelante, mientras tanto es alimentado por sus mayores en el seno de la familia por regla general haciéndose presente la solidaridad humana". (46)

Este cumplimiento es recogido por nuestro Código Civil, en -- los artículos 303 y 308, que a la letra dice: "Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por incumplimiento de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieron más próximos en grado. (artículo 303)

Se observa que el cumplimiento a la función alimentaria, a -- falta de los padres, recaerá en los demás ascendientes, teniendo las mismas reglas de la patria potestad. Asimismo, el -- concepto alimentario comprende un orden material que va a ser el lugar donde cubrirse de los elementos naturales, podemos -- hablar de la vivienda o casa habitación, de la comida el vestido y el calzado, etc., y en el aspecto moral, intelectual y social, tenemos cuando menos la educación elemental, los gastos necesarios para proporcionar un arte, profesión u oficios honestos, etc., tal como lo establece el artículo 308 del Código Civil.

C) FUNCION A LA EDUCACION DE LOS HIJOS

Esta función tiene su origen en el hecho de que, la naturaleza atribuyó a los progenitores la misión de formar a los hijos que procrean, es decir, a los llamados efectos personales de la asistencia formativa, considerando que el padre por ser "principio de generación", es así mismo, "principio de educación para sus hijos".

(46) RUIZ LUGO ROGELIO A., Práctica Forense en la materia de - Alimentos., Pág., 2, Cárdenas Editor y Distribuidor, Méx

En dicha función surge la interrogante ¿Que hay que entender por educación a los hijos? a lo que ciertos autores contestan como Castan Vázquez, al decir que: "la educación del hijo debe tender a prepararlo para una vida sana, física y moralmente, proporcionándole instrucción intelectual, física, orientación profesional y formación cívica". (47)

Complementando la idea anterior Kipp y Wolf, dicen al respecto que "la educación es la influencia psíquica con el fin de formar su carácter y espíritu". (48)

En nuestra opinión y tomando en cuenta lo manifestado con antelación, donde interviene diversas comunidades, aparte de la familia, podemos plantear la educación como el medio para proveer de los alimentos axiológicos, religiosos, intelectuales, y físicos que concurren a la debida formación de las próximas líneas generacionales para formar una estructura potencialmente valiosa de un país.

Al tratar el interés estatal de acudir en su apoyo para la -- formación de los hijos menores por considerarlos miembros activos del futuro de la nación, esa quizás sea la finalidad de la patria potestad, pues nuestro derecho positivo recoge esta hipótesis en los artículos 3° de la Constitución Federal y - 422 del Código Civil, que dicen: "La educación que imparta el Estado, Federación, Estados y Municipios-- impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación primaria y la secundaria son obligatorias....c)Contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto, por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la -- dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cui dado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e -- igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de...." (artículo 3° Contitucional)

(47) CASTAN VAZQUEZ JOSE MARIA., op. citada, pág. 200.

(48) KIPP Y WOLF, Derecho de Familia, Trad. Castán Tobefías, -- pág. 47, Ed., Bosch, Barcelona. 1952.

"A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente..."
(artículo 422 Código Civil)

En nuestra Carta Magna también encontramos en otro artículo las obligaciones que tienen los mexicanos respecto de sus hijos y pupilos, la cual a la letra dice: "Son obligaciones de los mexicanos:

I.-Hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria y secundaria, y reciban la militar en los términos que establezca la ley;

El interés estatal sobre la educación de los hijos menores ha sido una vez mas marcada en este artículo por lo cual lo protege de la ignorancia a la que pudiera ser obligado para no saber ejercer sus derechos.

C) FUNCION DE CORREGIRLOS

El artículo 423 del Código Civil, recoge esta situación, que faculta a los padres para corregir a los hijos que tengan bajo su cuidado en ejercicio de la patria potestad, al señalar "para los efectos del artículo anterior los que ejerzan patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos..." El mismo artículo, anterior a las reformas de 1975, contenía la siguiente hipótesis: "los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente..."

Es decir, el legislador utilizando el término "castigo" como un medio que podís servir a los padres en el derecho de corregir las conductas rebeldes o poco deseables de los hijos; sin embargo, ese castigo en ocasiones sobrepasaba los límites de la suavidad, para convertirse en verdaderos sometimientos a la tortura o a un ineludible daño físico y mental para los hijos, observando que en lugar de mejorar su conducta, lo volvian aún mas rebeldes no obstante el castigo desmesurado.

Hemos comentado acerca del derecho de corrección invocando incluso, la inmejorable posición que Planiol tiene respecto al ejercicio de tal derecho, considerándolo un ilícito, cuando traspasa o agreda al mínimo de derechos a la seguridad de la integridad corporal y mental a la corrección del sujeto. (49)

De esta manera lo contempla el derecho penal en su hipótesis comprendida en el artículo 295 del Código Penal, al decir: -- "Al que ejerciendo la patria potestad o tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos".

E) REPRESENTACION DEL MENOR Y DE SUS BIENES

Atendiendo a los lineamientos perfectos del derecho natural aceptamos que en condiciones normales, los padres por ser protectores innatos de sus hijos, actúan en su beneficio, tanto en forma espiritual como material; el caso es que los hijos como sujetos pasivos de la figura de nuestro estudio, se pueden encontrar en la situación de enfrentar obligaciones producidas en el desenvolvimiento de su conducta, o bien para hacer valer sus derchos. La legislación vigente recoge la regla natural y reconoce que un menor de edad o un incapaz mental no posee la firmeza de sus decisiones, por carecer de conoci-

(49) PLANIOL, op. citada, pág. 246

cimientos o de experiencias en beneficio de sus intereses; -- por tanto es de aceptación que los padres de los mencionados, que pueden responder por los actos de sus hijos.

De esta manera, los artículos 23, 424, 425 y 427 del Código Civil, contienen los reglamentos de que sean los padres o más ascendientes legítimos representantes de los menores o incapaces citados; dichos artículos dicen lo siguiente:

Artículo 23.- "La minoría de edad, el estado de interdicción y de más incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona, ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos: o-- contraer obligaciones por medio de sus representantes'.

Artículo 424.- "El que está sujeto a la patria potestad no -- puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, -- sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez".

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

Artículo 427.- "La persona que ejerza la patria potestad re-- presentará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente".

Como se ve todo esta contemplado por la ley cuando ello ocurre dentro de un marco de normalidad, con un común denominador, que sea el beneficio para el sujeto pasivo de la patria potestad; sin embargo, el legislador prevé que pueda presentarse sujetos, tanto activos como pasivos de la relación de la patria potestad. El artículo 440 del Código Civil, en vía de solución ofrece la siguiente opción:

"En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos serán estos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez en cada caso". Decíamos anteriormente que los padres por ser los representantes legítimos de sus hijos, se ven en algunos casos en la necesidad de responder a ciertos actos de sus representantes incapaces, que producen consecuencias de derecho. Así lo contemplan los artículos 1919, -- 1920 al 1922 del Código Civil al disponer lo siguiente:

Artículo 1919.- "Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos".

Artículo 1920.- "Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etc., pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata".

Artículo 1921.- "Lo dispuesto en los dos artículos anteriores es aplicable a los tutores, respecto de los incapacitados que tienen bajo su cuidado".

Artículo 1922.- "Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren -- que les ha sido imposible evitarlo. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados".

De acuerdo a lo señalado, tenemos que el derecho de representación y la obligación de la administración, se va a dar respecto a los bienes que posea el menor o incapaz, sujetos al -ejercicio de la patria potestad; estos bienes, se dividen en dos clases:

- I. Bienes que adquiere por su trabajo y,
- II. bienes que adquiere por cualquier otro título.
(artículo 428 del C.C.)

El artículo siguiente completa la regla anterior, "Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo". (art. 429 C.C.)

Con respecto a las anteriores situaciones el maestro Soto Gorda justifica tales premisas jurídicas, al decir, que: "...es lógico pues si por su trabajo y esfuerzo, un menor sujeto a -patria potestad, adquiere un bien o bienes, es natural que la ley le reconozca la propiedad de ellos, lo mismo que su admnistración y disfrute...(50)

Ante el impecable señalamiento no queda más que comentar, que no sea, que lo justo simboliza el valor del derecho natural.

Para completar tal noción, únicamente queda por señalar que - si bien es cierto que los hijos tienen respecto a los bienes comprendidos en la fracción I del artículo 428 de la ley civil manejaba, la propiedad y disfrute de los mismos y que de hecho bienen a simbolizar, el ser "sus representantes propios la ley en cita previene también en su artículo 435, para disponer de los mismos, es decir, para enajenarlos, arrendarlos, requerirán de la autorización judicial, tal como lo señalamos en el capítulo III, de este tema.

Ahora bien, con respecto a la segunda hipótesis que compla en el artículo 428 de la ley invocada, se refiere concretamente a los bienes que pudiera tener el menor de edad o incapaz mental y que no fueran adquiridos por concepto de un trabajo realizado, sino más bien, por otros títulos, como podrían ser por herencia, donación, etc.; y llegando a darse tal situación entonces estaría sometida a la regla contenida en el artículo 430 del Código Civil señalado.

El derecho de representación legal de los menores, no sólo -- contempla la protección a la persona de ese menor o incapaz mental, sino también sus bienes recogiendo tales disposiciones en los artículos 413, 425, 427 del Código Civil.

4.5 EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

Nuestro Código Civil vigente, reglamenta en su título octavo, capítulo tercero, los modos de suspenderse la patria potestad para uno u ambos progenitores.

"En la antigüedad, en el Derecho Francés, sólo se consideraba la pérdida de la patria potestad por un solo motivo; cuando - los padres incitaban o conducían habitualmente a sus hijos a la corrupción". (51)

A este respecto, es importante mencionar que la patria potestad actualmente puede suspenderse temporalmente o bien puede acabarse en una forma definitiva por diversas razones ya sean de carácter natural o por sentencia que declare la pérdida de este derecho; en el último de los casos se extingue totalmente para aquel que la venía ejerciendo aunque subsistan las obligaciones que este derecho encierra para dicha persona.

Podemos entender por lo tanto que la suspensión temporal de - la patria potestad, se da en los supuestos enmarcados en el - artículo 447 del Código Civil que mas adelante explicaremos y que por lo pronto diremos que la suspensión temporal es en un lapso de tiempo indeterminado, hasta que las causas que la motivaron desaparezcan, por ejemplo por enfermedad que imposibilite a los padres atender adecuadamente a los hijos; y que en el momento en que desaparezca tal impedimento recobran la patria potestad de sus hijos.

En cuanto a la pérdida de la patria potestad en forma definitiva tendría que darse en los casos ya sea por muerte de los padres o por ser condenado en sentencia definitiva por delitos graves como se menciona en el artículo 443 y 444 del Código Civil y que mas adelante analizaremos.

También es importante mencionar que en el caso de que existan otras personas de las que menciona la Ley y (padres o abuelos), que pueden seguir ejercitando la patria potestad en lugar del padre que ha perdido este derecho, la persona seguirá sujeta a la institución aunque a cargo de persona DISTINTA.

(51) DE IBARROLA ANTONIO, Derecho de Familia 2a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1981, pág. 431.

Como ya lo mencionamos con anterioridad, el ejercicio de la patria potestad para los obligados a ejercerla, "no es renunciabile", ya que es un derecho personalísimo, que únicamente puede ser objeto de "excusa".

Excusa en el Ejercicio de la Patria Potestad.

Concepto de excusa.- "Razón o causa para eximirse o disculparse de un cargo."

En razón de la naturaleza de la patria potestad y considerando a esta, no como un mero derecho subjetivo, sino como una verdadera función, en que se encuentra contenida una serie de facultades y deberes muy especiales a favor de los padres a tal grado que se llega a observar la intervención del poder público para controlarlas, tomando en cuenta que el interés del Estado es precisamente la protección de las líneas generales potencialmente valiosas para una sociedad en un tiempo determinado.

El legislador inspirándose en los principios del derecho natural, declara a la patria potestad con carácter personal, imperativo, intransferible e irrenunciable; sin embargo, el mismo legislador apoyándose en los mismos principios totales del derecho universal, aunque a través de las leyes positivas aplicables desconoce a los padres alternativa de renunciar al cargo contraído por la patria potestad; en cambio regula y admite que por hecho propios de la naturaleza se pueden excusar en beneficio de sus descendientes. Así tenemos, que sólo en los casos específicos previstos por la ley, podrá excusarse en el ejercicio de la patria potestad los ascendientes que deban cumplir con tal función, para lo cual el juez procederá -

a aplicar normas que previenen tal situación para suplir la falta de quienes se han excusado y nombrar de inmediato a las personas que habrán de continuar en el cumplimiento de la misión de protección y formación de los incapaces, por minoridad de edad o por deficiencia mental.

Los artículos 448 del Código Civil y 338 fracción III del Código de Procedimientos Civiles, regulan y señalan los casos en que se permite la excusa de los ascendientes en el ejercicio de la patria potestad.

Dichos numerales dicen:

Artículo 448.- "la patria potestad no es renunciable pero aquellos a quienes corresponda ejercerla, pueden excusarse:

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

Artículo 938.- "Se tramitará en forma de incidente que habrá de seguirse con el Ministerio Público en todo caso:

- ...III. La calificación de la excusa de la patria potestad en los casos a que se refiere el artículo 448 del Código Civil..."

A) TERMINACION DE LA PATRIA POTESTAD

El artículo 443 del Código Civil, indica en sus diversas fracciones, las situaciones en que se va a dar por terminada la patria potestad. A saber:

- I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio, y
- III. Por la mayor edad del hijo.

I. CON LA MUERTE DEL QUE LA EJERCE, SI NO HAY OTRA PERSONA EN QUIEN RECAIGA.

La muerte de los padres produce la extinción de la patria potestad al no haber sujetos que la ejerzan. Ahora bien, el artículo 418 del Código Civil, preceptúa: "Que a la falta de los padres entrarán a ejercerla los demás ascendientes enumerados en las fracciones II y III del artículo 414 del citado ordenamiento legal, recalcando que tal situación en el ejercicio de este derecho, y por lo mismo no produce la extinción de la patria potestad; por lo que habrá de agotarse dicho supuesto.

De igual manera la ley refiere que la patria potestad se acaba: "con la muerte del que la ejerce...", considerando que -- por un sentido lógico deberá comprenderse que a la muerte del hijo también se va a extinguir la patria potestad. En conclusión tenemos, que al no existir los sujetos que componen la patria potestad no podrá existir ésta, por lo tanto quedará extinguida.

II. CON LA EMANCIPACION DERIVADA DEL MATRIMONIO

Esta forma de terminación se funda en que el matrimonio es incompatible con el estado de subordinación de un menor sometido a la patria potestad, en virtud de que se estará entrando a un campo de aplicación propia, al formarse una nueva familia por parte del emancipado. En este supuesto se concibe la influencia de factores biológicos y psíquicos, que permiten el adelantar mediante el referido acto emancipatorio, la salida de la esfera de la patria potestad comprendida en la fracción III del artículo 443 del multicitado Código Civil. Así en la aplicación literal del artículo 641 del Código Civil, se dispone:

Artículo 641.- "El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad".

III. POR MAYORIA DE EDAD DEL HIJO

Atendiendo la misma evolución natural de la vida que tienen los individuos de adquirir su autosuficiencia y en base a sus aptitudes físicas, psíquicas, morales y sociales, es por lo que el legislador ha recogido tal extremo de la naturaleza misma, para establecer que el sujeto que se hallaba bajo la patria potestad de las personas facultadas para tal misión por haber alcanzado la mayoría de edad establecida en el Código Civil, en sus artículos 24, 646 y 647 se presume que dicho sujeto ya no necesita de la función protectora de los padres, y, por lo tanto, podrá disponer libremente de sus actos personales y patrimoniales.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

B) SUSPENSION DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

El artículo 447 del Código Civil, señala las hipótesis previstas para que los sujetos activos de la patria potestad se vean suspendidos en tal ejercicio que sobre sus descendientes tienen; así dicho precepto prevé tres situaciones, a saber:

Artículo 447.- "La patria potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente.
- II. Por la ausencia declarada en forma, y
- III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena en esta suspensión.

De los supuestos anteriores contemplamos respecto de la suspensión del ejercicio de la patria potestad, se aplicará por doble vía; la primera, por la imposibilidad material de llevarse a cabo, la segunda, por sanción impuesta por el juez de lo familiar. A continuación analizaremos los elementos que se manejan en esta fase y a la que en nuestro estudio hemos denominado "dinámica de la patria potestad".

El referirnos al término suspensión hace que acudamos al diccionario para precisar el concepto que de tal palabra se tiene; dicho manual nos dice, que suspensión es la acción y efecto de "suspender", es la aceptación más aplicable para nosotros; y agrega, "Privar a uno temporalmente de su empleo o CARGO". Tomando en cuenta tal significado, manejaremos la suspensión de la patria potestad, según las formas en que se presenta.

I. IMPOSIBILIDAD MATERIAL DE CUMPLIR CON EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

En este supuesto comprendemos los casos previstos en las fracciones II y III del artículo 447 del Código Civil, y al primero de ellos se refiere las siguientes hipótesis:

a.- Por incapacidad Declarada Judicialmente

En este apartado nos vamos a apoyar en el artículo 450 del Código antes mencionado, "Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad, y

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originaria por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les -provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio".

Del que desprendemos que las personas que se encuentran ejerciendo la patria potestad sobre sus hijos, pueden caer en un estado de incapacidad mental, independientemente de la causa que origine de los mencionados ascendientes.

En el presente caso, es obvio súpouer que dichas personas en el momento de caer en el estado de incapacidad, ejercían la patria potestad sobre sus hijos, en virtud de que tenían la capacidad de ejercicio pleno para cuidarlos, formarlos y representarlos; por lo que en el extremo contrario, al perder esa capacidad de ejercicio, se les restringe tales facultades por carecer de la lucidez mental permanente para sus decisiones prudentes. El estado de incapacidad mental en que se encuentra la persona que venía ejerciendo la patria potestad, se declara judicialmente, en términos de lo dispuesto por los artículos 904, 905 y demás aplicables del Código de Procedimientos Civiles, a fin de que el juez provea las medidas necesarias y procedentes al caso, y este en aptitud de resolver sobre la suspensión de la patria potestad de quien ahora se encuentra en estado de interdicción. Es menester señalar que en razón de dicha determinación, la suspensión durará mientras subsista la incapacidad del sujeto activo de la patria potestad; por lo que, levantada la interdicción, la persona que se encontraba sujeta a ella, recuperará el ejercicio de sus potestades.

También pueden caer en esa incapacidad las personas que por negligencia grave adquieren hábitos o malas costumbres, como pueden ser, por ejemplo, la ebriedad o la drogadicción; circunstancias que comprometen evidentemente la salud, seguridad o moralidad de los hijos, a más de constituir malos ejemplos para estos últimos. Contemplando el legislador, que si bien es cierto que la situación en que caen los padres, es de olvido y descuido de sus personas y las de sus hijos al dedicarse a una conducta viciosa, también es cierto, que la confianza que se les da es por una buena reflexión de voluntad a efecto de que intenten lograr superar ese obstáculo vicioso en que han caído. El juez en este supuesto tendrá elementos para configurar la suspensión, con la posibilidad motivada, que una vez superada tal incapacidad le hará recobrar la confianza para ejercitar las funciones inherentes a la patria potestad.

b.- La Ausencia declarada en forma.

En el caso de que se ignorase el paradero de alguna de las -- personas que en el orden preferente les corresponda el ejercicio de la patria potestad, se le sancionará al ausente con la suspensión en el ejercicio de ese derecho, toda vez que es inminutamente material el incumplimiento de la función sobre -- los hijos.

Respecto a esta situación, es menester señalar que no precisamente se trata de una ausencia con presunción de muerte que -- daría lugar a la extinción de la patria potestad, sino más -- bien se trata de un alejamiento de sus hijos, que hace imposible el ejercicio de las facultades y deberes paternos.

De igual manera señalaremos que las relaciones de la patria potestad se deben ejercer en forma personalísima, por ende, -- es impropio pensar que el ausente deje un representante, -- por lo que se tendrá que seguir los lineamientos que precep--tuan los artículos 651, 496 497 y 673 fracción III del Código -- Civil.

Los artículos 651, 496 y 497 del mismo ordenamiento se refie--ren a la situación de los hijos menores que se encuentren ba--jo la patria potestad del ausente, siempre que no haya otro u otros ascendientes que deban entrar a ejercerla conforme a la ley, ni tutor testamentario ni legítimo; a petición del Ministerio Público el Juez deberá nombrar un tutor dativo; que se--rca designado por el menor, si es que ha cumplido los 16 años con aprobación del juez de lo familiar, o será designado por--este funcionario, si se trata de un menor que no ha alcanzado esea edad.

Por lo que se refiere al artículo 673 fracción III, menciona--que pueden pedir la declaración de ausencia "los que tengan -- algún derecho u obligación que dependa de la vida, muerte o presencia del ausente.

Galindo Garfias, menciona que: "La patria potestad respecto a la ausencia, debe entenderse en suspenso, respecto del asecen-
diente que ha desaparecido de su domicilio, sin que se tenga-
noticia de su paradero, aunque haya dejado persona que lo re-
presente; por que la patria potestad, por la naturaleza y fun-
damento de la institución, es un cargo personalísimo que no
puede ser ejercido por medio de su representante". (45)

Para que aparte de las manifestaciones invocadas por el suje-
to activo que se encuentre ejerciendo únicamente la patria po-
testad, se cumplan las formalidades de la declaración de aus-
sencia del sujeto a quién lo corresponde el ejercicio de la -
mencionada función, por lo que dicha probabilidad es inadmi-
sible en virtud del carácter personalísimo de las relaciones fi-
liales.

c.- Por sentencia que imponga como condena la suspensión del
derecho a ejercer la patria potestad.

En un último caso, el juez del conocimiento con las facultades
que le otorgan los artículos 283 y 284 del Código Civil, -
y aplicando las hipótesis previstas en los artículos 285 y -
447 de la misma ley y como consecuencia de una sentencia de -
divorcio necesario o de cualquier otra acción que involucre -
una Sanción judicial de tal indole, podrá dictar resolución -
donde se condene a la restricción o suspensión de los dere-
chos Inherentes a la patria potestad con respecto a la parte-
condenada en la sentencia definitiva, en el juicio respectivo
subsistiendo desde luego, el seguir cumpliendo con las obliga-
ciones y deberes inherentes a la patria potestad. En esas --
condiciones el juez resolverá que el cónyuge Inocente sea ---
quien únicamente ejercite los derechos derivados de la patria
potestad y a falta o por imposibilidad para ejercitarla, po-
drá hacerlo nuevamente aquél que estaba suspendido o bein res-
tringido ese derecho.

(45) GALINDO GARFIAS IGNACION. ob. cit. pág. 685

Finalizamos el presente apartado señalando que la vía para recuperar los derechos suspendidos, será la que ordena el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, el cual menciona que las resoluciones judiciales dictadas con carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia definitiva.

PATRIA POTESTAD, SUPRESION DE ALGUNO O ALGUNOS DE LOS DERECHOS QUE LA MISMA COMPRENDE (legislación del Estado de Veracruz).

La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes de proporcionarles alimento etc. Cuando en virtud de resolución judicial se priva a una persona de la patria potestad, ésta pierde los derechos inherentes a la misma, quedando subsistentes únicamente las obligaciones económicas que le incumban, según se desprende del artículo 378 del Código Civil de Veracruz, sin embargo debe advertirse que la autoridad jurídica está facultada para privar a los padres o abuelos de la patria potestad que ejerzan suprimirles o restringirles alguno o algunos de los derechos que la misma comprende, como puede ser la privación de la guarda y custodia de los menores, de la facultad de decidir sobre alguna cuestión relativa a su educación, de la administración de sus bienes, etc.; esto se desprende, entre otros de los artículos 370 del ordenamiento antes mencionado.

AMPARO DIRECTO 29078/1974.- VICTOR MANUEL MARTINEZ FERNANDEZ. Agosto 15 de 1975. Unanimidad de 4 votos.- PONENTE: MTR. J.- RAMON PALACIOS VARGAS.- TERCERA SALA.- SEPTIMA EPOCA, VOL. 80 Cuarta Parte, pág. 30.

C) PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

Hemos llegado al punto que consideramos más delicado dentro - del ejercicio a los derechos a frente al cumplimiento de los deberes de la patria potestad, Es aquí donde observaremos de los sujetos que ejercen tal derecho, con sus conductas negligentes, culposas y dolosas para con sus hijos quiénes necesitan protección y guía; ameritando la intervención del poder público a través de órganos competentes para evitar que sigan dañando su formación y educación, o bien condenando las actitudes culposas o mal intencionadas de esos padres, en el cumplimiento de su misión, ya que en ese sentido se estará corrompiendo totalmente el fin de la patria potestad, provocando con ello un daño terrible a los menores, Amén DE desvirtuar a la sociedad misma, en razón de que se Incumple con la idea de crear estirpes sanas y llenas de buenos ejemplos por parte de los padres; sino por el contrario dejando una estirpe adversa llena de vicios, alimentada de prejuicios, malos ejemplos y nula preparación, que nada aportarán a las líneas generacionales ulteriores. Es por todo lo anterior, que el legislador ha considerado que se tiene que sancionar a los padres con la pérdida de los derechos que tienen en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos propios, por no cubrir los supuestos más elementales de dicha función.

Nuestro Código Civil establece en su artículo 444, las diversas hipótesis que prevén las situaciones que producen la pérdida de los derechos en cuestión. En seguida pasaremos al análisis de los supuestos normativos contenidos en tal precepto.

Artículo 44.- La patria potestad se pierde:

- I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283.
- III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiere comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal, y
- IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

I. CUANDO EL QUE LA EJERZA ES CONDENADO EXPRESAMENTE A LA PERDIDA DE ESE DERECHO O CUANDO ES CONDENADO DOS O MAS VECES - POR DELITOS GRAVES.

Dicha hipótesis comprende dos aspectos; uno, que es genérico - a todos los demás casos; y el otro, primero en especie al tratamiento de la pérdida de la patria potestad. Decíamos que el primer supuesto comprende un concepto genérico, al decir: "Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho..." Esto nos hace concebir que una vez cumplida - la garantía de legalidad consagrada en nuestra Carta Magna en sus artículos 14 y 16, al señalar específicamente a la sentencia que impone la condena de la pérdida de el derecho a que -- nos estamos refiriendo, condicionado a que mediante juicio se demostró que el reo culpable encuadró su conducta a cualquiera de los supuestos señalados en las cuatro fracciones del artículo que se cometa, por los que dicha sentencia sera el resultado de un juicio seguido ante los juzgados de lo familiar en el que se demandó precisamente la pérdida de la patria potestad.

El segundo párrafo contenido en la fracción I del artículo encita, dice: "...cuando es condenado dos o más veces por delitos graves". Por lo que primero atenderemos a lo que dice Porte Petit Candaudap Celestino, acerca de lo que es delito grave y menciona: Las palabras "delitos graves" son impresas, la doctrina en esta materia, no es unanime; pues un mismo tipo de delitos puede revestir mayor o menor gravedad según que el contenido que se siga sea el de la gravedad de la pena que se castigue, la conducta delictuosa o las circunstancias que concurrán, para calificar el grado de delito. (46)

Destacamos que el emplear la palabra "Condenado" significa: -- "Sometido a una pena por un Tribunal", y a su vez, "Condena" - es decisión o sentencia de un tribunal criminal que pronuncia una pena contra el autor de un crimen, de un delito.

En esta fracción el legislador pretende proteger al menor del mal ejemplo por las conductas ilícitas de quienes ejercen la patria potestad.

(46) PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO, Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal, Ed. Jurídica Mexicana, México 1969, pág. 203.

Concluimos este comentario adhiriéndose a lo expresado por Montero Duhalt en su obra, al decir: "Bastara con declarar que la patria potestad se pierde a juicio del juez, cuando la conducta de los que la ejercen constituye una amenaza para la salud, seguridad o moralidad de los menores. De esta forma quedarían comprendidas todas las conductas nocivas, independientemente de que las mismas fueran consideradas o no como delitos". (47)

II. EN LOS CASOS DE DIVORCIO, TENIENDO EN CUENTA LO QUE DISPONE EL ARTICULO 283 DEL CODIGO CIVIL.

En estos casos el juez, en la misma sentencia de divorcio decretará la pérdida, la suspensión o la limitación del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos habidos durante el matrimonio. Por lo que al respecto el artículo 283 dice: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación según el caso, y en especial a la custodia de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quién legalmente tenga derecho a ello, en su caso o de designar un tutor".

Esta legislación aparentemente científica llevaba toda la mejor intención, ya que en la exposición de motivos se dijo: "La patria potestad ha de conservarse o retirarse en función de las relaciones específicas que median entre el padre o la madre y sus hijos, y no en función de los conflictos que haya surgido entre los cónyuges.

Hemos aludido a la buena intención del legislador de crear una situación a regular el beneficio de los hijos; el "pero" lo constituye las personas en quienes se depositan las facultades omnímodas, pues se han desestimado las funciones de los jueces al grado que sus actuaciones las llevan a cabo en forma caprichosa y mecanizada, no obstante que el mismo artículo 283 esta

(47) Op. Citada. pág. 353

blece: "...debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello..." Suele suceder que al demandarse el divorcio necesario, como prestación autónoma la pérdida de la patria potestad que tiene el demandado sobre sus hijos. Una vez agotado el procedimiento ordinario, cita el juez a las partes para oír sentencia y se olvida completamente de ajustarse a lo establecido en el precepto señalado; más aún pasa por alto el apoyo que brinda al artículo, 284 del mismo Código Civil, limitándose a resolver conforme a las reglas de la lógica y la experiencia y encuadrando casi siempre el demandado en el supuesto común para decretar la pérdida de la patria potestad contenida en la fracción III del artículo 444 de la Ley citada.

Consideramos que la actuación del juez del conocimiento debe ver el bienestar de los hijos en forma más profunda y debe también justificar efectivamente el concepto científico que el artículo 283 del Código Civil, le otorga. A nuestro modo de ver, el juzgador deberá tener en cuenta lo siguiente:

1. La culpa objetiva de ambos cónyuges para determinar quién de los dos produjo la inestabilidad familiar, motivo del divorcio.
2. Los antecedentes en el trato que se le ha dado a los hijos.
3. Los deseos de los hijos expresamente dados.
4. A quién de los consortes se le dará la custodia de los hijos, y observar si se ha permitido al cónyuge que no la tiene el derecho de convivir con sus hijos y el resultado de tales convivencia.
5. Tomar en cuenta los preceptos contemplados en el artículo - 284 del Código Civil.
6. El sexo y la edad del o de los menores.
7. Condenar efectivamente a la pérdida de la patria potestad, pero restringiendo únicamente el ejercicio de ciertos derechos convenientes para los hijos, como pueden ser: el derecho de visita, para lo cual, el juez estableciera a su arbitrio un régimen de visitas a favor del que se ve privado del menor; otro derecho que se ofrezca como alternativa es de intercambiar correspondencia con los hijos, por parte de quién sólo esta cumpliendo las obligaciones inherentes a la patria potestad que tiene perdida; esta situación salvo casos estimados como serios o legítimos, podrá ser controlada.

De las anteriores propuestas, se puede generar un avance de -- tratamiento de los padres de rectificar su conducta de negligencia, y por tanto, las resoluciones judiciales que se dicten sobre la patria potestad puedan y deban contener todos los matices y variantes que el caso concreto requiera.

III. CUANDO POR LAS COSTUMBRES DEPRAVADAS DE LOS PADRES, MALOS TRATAMIENTOS O ABANDONO DE SUS DEBERES PUDIERA COMPROMETERSE LA SALUD, LA SEGURIDAD O LA MORALIDAD DE LOS HIJOS- Y AUN CUANDO ESOS HECHOS NO CAYERAN BAJO LA SANCION DE LA LEY PENAL.

Claro y suficientemente entendido deja el espíritu de la intención de la ley acerca de esta regla que para nosotros, como ya mencionabamos anteriormente, constituiria la aplicación común a los casos que se llegaran a encuadrar en cualquiera de los supuestos manejados en la fracción III del artículo que se comenta toda vez que el legislador lleva bien a cabo la protección de los menores en todos los aspectos que sean contrarios al medio propicio para su normal desarrollo. Pues al hablarse de costumbres depravadas, malos tratos o abandono de sus deberes, al incurrir los padres en semejantes hipótesis no están actuando dentro de un marco de normalidad, puesto que con la conducta del padre este siempre busca educar y dirigir a sus hijos dentro de un marco de legalidad, siempre tratando de servir de ejemplo, claro esto es lo normal, ahora lo anormal, sería las hipótesis que menciona respecto legal en estudio, es una persona que se encuentre bien de sus facultades mentales, ya que aunque no sea un loco o retrasado su conducta es anormal, por padecer alguna enfermedad o trauma, en este caso, más que una sanción severa, debe someterse a un estudio psicológico o bien recluirse en un hospital para enfermos mentales donde se restablezca, ya que este nunca dejó de padecer el mal -- que le aqueja.

Respecto a esta fracción resulta importante destacar las tesis jurisprudenciales que se han emitido:

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA CONDUCTA DEPRAVADA COMO CAUSAL.

La fracción III del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal sanciona a los progenitores con la pérdida de la patria potestad en el caso en que se les demuestre en juicio - que observaron "una conducta depravada" que ponga en peligro - la moralidad del hijo; por lo tanto, cuando se demanda la aplicación de tal sanción en contra de alguno de ellos, es necesario justificar el peligro de corrupción que existe en perjuicio del que está sujeto a la patria potestad de ahí se deduce - que no es posible afirmar que se da esa hipótesis cuando las - costumbres que se imputan al reo hayan acontecido con anterioridad al ancimientto del hijo y no se hayan seguido repitiendo - con posterioridad al alumbramiento, precisamente por no haber - nacido éste, no pudo ser mal educado.

AMPARO DIRECTO 5999/76.-PABLO COLEGIO CAMARGO.-30 de septiem--bre de 1977. Unanimidad de 4 votos.-PONENTE: J. RAMOS PALACIOS VARGAS.- Secretario.-CARLOS A. GONZALEZ ZARATE. INFORME 1977.- TERCERA SALA. pág. 124.

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA.

Las disposiciones que contiene la Ley Civil sobre las causas - que dan lugar a la pérdida de la patria potestad son limitati-vas, y no ejemplificativas, razón por la cuál para que el juez pueda imponer esta sanción a alguno de los progenitores es ne-cesario que la causa que se algeue encuentre apoyo expreso de - algún dispositivo de la ley.

SEPTIMA EPOCA, CUARTA PARTE:

Vol. 20, pág. 35, A.D. 4253/69 MA. DE LOURDES CASTILLO HUERTA. 5 VOTOS

Vol. 97/102, pág. 214, A.D. 4362/76 GABRIEL LOPEZ FLORES. 5 vo-
tos.

Vols. 145/150, pág. 441 A.D. 3112/79 BIENVENIDO MOSCOSO MARTI-
NEZ. 5 votos.

Vols. 169/174, pág. 157 A.D. 4024/82, JOELDIAZ BARRIGA MURRILLO
5 votos.

IV. POR LA EXPOSICION QUE EL PADRE O LA MADRE HICIEREN DE SUS-HIJOS, O PORQUE LOS DEJEN ABANDONADOS POR MAS DE SEIS MESES.

El último supuesto contenido en el artículo 444 del Código Civil, no es más que la situación derivada de la indignidad de los padres de abandonar desde un principio o más tarde a sus hijos, dándose en estos casos situaciones más o menos, graves, ya que en muchos casos los padres biológicos por encontrarse en un estado de indigencia abandonan a sus hijos en manos de otras personas que los acogen de inmediato y les brindan la protección necesaria, de tal manera que estas personas, tal como lo dejamos dicho al hablar sobre la adquisición de la patria potestad, se constituyen en tutores de los abandonados para posteriormente hacer valer esos derechos derivados de una fuente afectiva respecto al menor abandonado; en tal virtud, la ley reconoce los derechos de esas personas que aún no siendo los padres naturales de los menores involucrados en el abandono, desempeñan tal función como si lo fueran, y a su vez, se impone como sanción a los progenitores que abandonan a su suerte a sus hijos, la pérdida, con carácter de irreversible, de los derechos de la patria potestad que acaso pudieran alegar. Otro caso, aún más delicado, se manifiesta cuando los progenitores exponen y dejan abandonados a sus hijos en el más completo desamparo sin el cuidado de nadie; esta situación quizás mereciera una sanción penal, salvo no gozen de perfecta salud mental, ya que de hecho la que regula la legislación civil resulta demasiado benévola para tales sujetos.

A este respecto se han emitido las siguientes tesis jurisprudenciales:

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA (LEGISLACION DE VERACRUZ)

Si la acción sobre la pérdida de la patria potestad de la madre sobre el hijo de ambos, la fundó el actor educiendo que la madre demandada tiene abandonado al hijo y lleva una conducta bastante ligera ya que asiste a cantinas y a un salón público de baile, con lo que compromete la salud, moralidad, seguridad

educación del menor, aún cuando los testigos respectivos hayan afirmado que les constan esos hechos, el juzgado calificó con estricto apego a los principios de la lógica y del buen sentido las declaraciones testimoniales al estimar que si tales testigos admitieron que el salón aludido es un salón para familias - y en autos no aparece que la demandada tenga hábito o costumbre de ingerir bebidas alcohólicas, no se da el supuesto del artículo 375, fracción III, del Código Civil del Estado de Veracruz - conforme al cual, la patria potestad se pierde cuando por las - costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad y la moralidad de los hijos.

SEXTA EPOCA, CUARTA PARTE: VOL. XXXVIII, pág. 227, A.D. 1489/59
RAMON ROJAS SANCHEZ, Unanimidad de 4 votos.

PATRIA POTESTAD, PRUEBAS PARA LA PERDIDA DE LA.

Como la condena a la pérdida de la patria potestad acarrea graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor, para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles que sin lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la - privación.

SEPTIMA EPOCA, CUARTA PARTE: Vol. 169/174, pág. 157. A.D.4024/
82, JOEL DIAZ BARRIGA MURILLO.

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

- 1.- La importancia de la familia como institución social ha -- existido siempre en todas las sociedades, por lo que con- sideramos de primordial importancia el establecimiento de -- una adecuada organización familiar.

- 2.- El status jurídico de los hijos en todos los pueblos anti- guos desde los tiempos primitivos hasta el período precla- sico del derecho romano, se caracteriza por una absoluta - carencia de derechos, tanto sobre su persona (el padre te- nía el jus vitae necisque sobre los hijos), como sobre los derechos patrimoniales (todo lo que los hijos adquirían en - traba a formar parte del patrimonio familiar).

- 3.- Desde la época del primer Imperio Romano hasta nuestros -- días ese amplio poder del padre ha ido decreciendo de tal- suerte que respecto de la persona de los hijos, durante su - minoría de edad, sólo queda un moderado derecho de casti- gar y en cuanto al patrimonio de éstos existe mayor inde- pendencia.

- 4.- La mayoría de las legislaciones europeas siguen el crite- rio de que las personas sometidas a la patria potestad, só- lo adquieren capacidad plena al cumplir la mayoría de edad (veintiún años), de esta regla general existen la excep- ción consignada por la legislación española al limitar el - ejercicio de los derechos del mayor de edad en los actos - concretos como son el permiso para contraer matrimonio y - el poder abandonar el hogar paterno.

- 5.- La legislación francesa nutrió sus raíces en el derecho Romano y en el derecho germano, e incluyó a su vez en la legislación mexicana a través del Código Civil de 1804 llamado de Napoleón.

- 6.- En el derecho francés subsistió la *gestio negotiorum* bajo la denominación de sistema de representación y la *autoritas Interpositio* bajo el nombre de sistema de asistencia.- De esto el procedimiento de representación es aceptada por nuestro Código Civil vigente y se aplica a todos los menores.

- 7.- En nuestra legislación civil vigente, todos los menores de edad, se encuentran afectados de una incapacidad general, - atenuada solamente por la emancipación por causa de matrimonio y por derechos personales que el legislador les ha querido conceder en forma limitativa.

- 8.- La autorización judicial para disponer de los bienes del menor en casos de necesidad, deben otorgarse hasta que el juzgador esté plenamente convencido de que es en efecto, - la necesidad del incapaz lo que apremia la venta o disposición del bien y no la necesidad superflua o injustificada del que ejerce la administración del bien.

- 9.- En nuestro Código Civil vigente, aún encontramos lagunas - sobre todo en materia familiar, ya que en ningún artículo se hace mención de un concepto de patria potestad, por lo que deja sin precisar que es o como se presenta, solo nos deduce sus características esenciales.

- 10.- En cuanto a la pérdida de la patria potestad prevista en las cuatro fracciones del artículo cuatrocientos cuarenta y cuatro del Código Civil, nos parece necesario manifestar el desacuerdo con la segunda parte de la fracción primera, ya que la autoridad judicial es imprecisa en el término de Delito Grave, por lo que deja en estado de indefensión.

- 11.- Por lo que se refiere al artículo doscientos ochenta y tres, desaprobamos la falta de interés que tiene el juzgador al desatender el espíritu de la ley respecto de las facultades que otorga este artículo, ya que el juez no debería poder quitarle la patria potestad a los dos padres respecto de sus menores hijos o incapacitados.

- 12.- Por último, es totalmente inexacta la ley sustantiva penal en su artículo doscientos noventa y cinco, al decir que podrá el juez penal imponer a los padres, aparte de la pena corporal correspondiente a las lesiones, la suspensión o privación del ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad, ya que dicho órgano jurisdiccional es competente para dictar tal resolución, en razón de la materia.

- 13.- Consideramos que la materia familiar reviste magnas figuras jurídicas, autónomas propias e independientes por lo que sería acertado desvincular la legislación familiar -- del Código Civil, y así crear un código de Derecho de Familia.

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

1. Aguilar Carbajal Leopoldo. Segundo Curso de Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A., México 1980.
2. Bonnecase Julián. Elementos de Derecho Civil. Traducción de Lic. José M. Cajica jr. Puebla, 1945.
3. Castan Vazquez José María. La Patria Potestad. Revista de - Derecho Privado, Madrid 1960.
4. Cicu Antonio. Derecho de Familia. Editorial Kraft, Buenos - Aires, 1967.
5. Coulanges de Fustel. La Ciudad Antigua. Editorial Porrúa - S.A.; 5a. Edición, México, 1983.
6. Couto Ricardo. Derecho Civil. Tomo II, México 1919.
7. De pin Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, México 1985.
8. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigacione Jurídicas de la Universidad Autonoma de México. México, - 1984.
9. Engels Federico. El Origen de la Familia, la Propiedad Pri vada y el Estado Nuevo Horizonte, 1979, Cali, Colombia.
- 10 Esteve Barba Francisco. Historia de la Cultura Tomo I, Sal vat editores, Barcelona Madrid, Buenos Aires, México, Cara cas, Rio de Janeiro, 1a. edición, 1955.
- 11 F. Margadant Guillermo. Panorama de la Historia Universal del Derecho, 2a. Edición Grupo Editorial Miguel Angel Po-- rrúa, México, 1983.
- 12 Fernandez Cleriga Luis. Derecho de Familia, en la legisla- ción comparada de 1947.
- 13 García Maynes Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho 37a. Edición, Editorial Porrúa, A.A., México, 1985.
- 14 Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil, Primer Curso. Déci ma Edición, Editorial Porrúa, México, 1990.

- 15 Gutierrez Fuente Villa Julian. Qué es el Derecho Familiar.
- 16 Gonzalez de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Vigésima Primera Edición, Editorial Porrúa, 1986.
- 17 Lafaille Dr. Hector. Curso de Derecho Civil, derecho de familia, Primera Edición, 1930.
- 18 Lemus García Raúl, Derecho Romano Comparado, Editorial Limusa, México, 1979.
- 19 Mazeaud Henri León y Jean. Lecciones de Derecho Civil, tomo I, Volumen IV ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, s/a.
- 20 Montero Duhalt Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México, 1985.
- 21 Monresa y Navarro José María. Comentarios al Código Civil-Español, Tomo II, sexta edición 1984.
- 22 Petit Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano, Editorial Epoca, S.A., México, 1977.
- 23 Proudhon. Tratado de los derechos de Usufructo, Tomo I.
- 24 Planiol Marcel y Jorge Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil Frances, Tomo II Las personas.
- 25 Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano, Editorial-Porrúa, México, 1984.
- 26 Sohm Rodolfo. Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y sistema, Editorial Nacional, México, 1975.

CODIGOS Y LEYES

Código Civil para el D. F.

Código de Procedimientos Civiles para el D.F.

Código Civil de Chile, Edición 1958, Enrique Rossel Saavedra

Código Civil, Reforma y sintesis Marginales del Dr. Montenegro Baca, ed. 1962.

Código Civil de Brasil

Código Civil de Portugal

Código Civil de Colombia

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos