

301809



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL SAN RAFAEL

17

"ALMA MATER"

**ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**"LA PROBLEMÁTICA DE LA PERDIDA DE LA PATRIA
POTESTAD EN LA SENTENCIA DE
DIVORCIO CON PERJUICIO DEL INTERES DE LOS
MENORES"**

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE LICENCIATURA EN:

DERECHO

P R E S E N T A:

MARISELA VELAZQUEZ SANCHEZ

ASESOR:

REVISOR:

LIC. JOSE ADRIAN GODINEZ GARCIA

LIC. ANA LUISA LOPEZ GARZA

México D. F.

2001



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS:

Gracias señor por darme la existencia
y el tesoro más valioso: mi hija
KRISHNA KARINA.

A MIS PADRES:

**LAZARO VELAZQUEZ ORTEGA Y
GUILLERMINA SANCHEZ DE VELAZQUEZ.**

Por el amor, la comprensión y sus
sabios consejos que me han brindado a lo
largo de mi vida y de mis estudios; porque
gracias a ellos hemos logrado alcanzar la
meta que se fijaron para mí. Ya que los
logros alcanzados son tanto míos como
suyos.

Con cariño, admiración y respeto
por ser los mejores padres del mundo.

A EVELIA CARBAJAL GARCIA:

Gracias por quererme como a una hija,
por creer en mí y por brindarme tu apoyo y
comprensión en los momentos más difíciles
de mi vida.

Te Quiero Mucho.

A MIGUEL ANGEL ROMERO ESPINOSA:

Con quien he compartido mi vida, mis esfuerzos y logros. Por el apoyo incondicional que me brindaste para la realización de éste objetivo.

To Amo.

A MI PRINCESA KARINA:

Porque con tu amor y ternura me motivaste para hacer realidad uno de mis sueños.

Con cariño y amor.

A LA MEMORIA DE MIS QUERIDOS HERMANOS:

SERGIO Y REYNA.

Desde donde quiera que estén, estoy segura que éste logro lo disfrutarán al igual que yo, porque también es de ustedes. Ya que gracias a su ejemplo, consejos y sobre todo porque siempre me impulsaron de algún modo para lograr esta meta. Por todo ello ésta es su obra.

Siempre vivirán en mi recuerdo y en mi corazón.

A MIS HERMANOS:

**ODILON, ANA, LAZARO, GUSTAVO, GUILLERMINA
Y CLAUDIA.**

Como agradecimiento por el apoyo,
comprensión y cariño que me brindaron ya
que fue de gran importancia para poder
alcanzar ésta meta.

A MIS SOBRINOS:

**LESLIE, MICHELLE, CRISTOPHER,
STEPHANIE, REYNA, ARGENIS, REIDY,
GUSTAVO, SERGIO Y MONTSERRAT.**

Como muestra de un logro que sé que
de algún modo van a superar.

A MIS CUÑADOS:

**EDUARDO, FELIPE, MARICELA, MA. ELENA,
LUCERO Y ESPERANZA.**

Con agradecimiento por el interés que
siempre mostraron durante mi carrera y
la elaboración de este trabajo.

**CON ESPECIAL AFECTO Y AGRADECIMIENTO:
A LA LIC. ANA LUISA LOPEZ GARZA Y AL LIC.
JOSE ADRIAN GODINEZ GARCIA.**

Por haber compartido sus conocimientos y
su valiosa experiencia a lo largo de la
realización del presente trabajo.

Con admiración y respeto.

A MI:

"UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO"

De la cual soy orgullosamente egresada.

INDICE

Pág.

INTRODUCCION.....	i
CAPITULO I.- Antecedentes Históricos de la Custodia y la Patria Potestad	
1.1 En el Derecho Romano.....	2
1.1.1 Formas de adquirir la Patria Potestad.....	3
1.1.2 Tipos de Adopción.....	3
1.1.3 Extinción de la Patria Potestad.....	4
1.2 En el Derecho Español.....	5
1.2.1 Modos de extinción de la Patria Potestad.....	6
1.3 En el Derecho Alemán.....	6
1.3.1 Extinción de la Patria Potestad	7
1.4 En el Derecho Francés.....	8
1.4.1 Extinción de la Patria Potestad.....	8
1.5 Código Civil de 1870.....	9
1.6 Código Civil de 1884.....	12
1.6.1 Extinción, Pérdida y Suspensión de la Patria Potestad.....	15
1.7 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.....	18
1.7.1 Extinción, Pérdida y Suspensión de la Patria Potestad.....	21
1.7.2 Renuncia de la Patria Potestad.....	22
1.8 Código Civil de 1928.....	22
1.8.1 Extinción, Pérdida y Suspensión de la Patria Potestad.....	26
CAPITULO II.- Derecho Comparado	
2.1 Derecho Uruguayo.....	31
2.1.1 En cuanto a los bienes.....	33

2.1.2 La Conservación de la administración por la mujer embarazada.....	35
2.1.3 Obligaciones del Usufructuario.....	38
2.1.4 La Patria Potestad de los hijos naturales.....	38
2.1.5 La Pérdida de la Patria Potestad.....	37
2.1.6 Limitación de la Patria Potestad.....	38
2.2 Derecho Boliviano.....	39
2.2.1 Deberes y derechos de los padres.....	41
2.2.2 Administración de los bienes del menor y su representación en los actos civiles.....	42
2.2.3 Bienes de los hijos que no están dentro de la administración de sus padres.....	43
2.2.4 Extinción de la Patria Potestad.....	43
2.2.5 Pérdida de la Patria Potestad.....	44
2.2.6 Suspensión de la Patria Potestad.....	44
2.2.7 Restitución de la Patria Potestad.....	44
2.3 Derecho Peruano.....	45
2.3.1 Exclusión de los bienes de la administración de los padres.....	47
2.3.2 Prescripción de las Acciones.....	48
2.3.3 Bienes que se hallan fuera del usufructo de los padres.....	49
2.3.4 Cargas del usufructo legal.....	49
2.3.5 Cesación del usufructo legal y de la administración por la declaración de quiebra....	50
2.3.6 Deberes de los hijos.....	52
2.3.7 Extinción de la Patria Potestad.....	53
2.3.8 Pérdida de la Patria Potestad.....	53
2.3.9 Privación de la Patria Potestad.....	53
2.3.10 Limitación de la pérdida o de la privación.....	53
2.3.11 Suspensión del ejercicio de la patria potestad.....	54
2.3.12 Restitución de la Patria Potestad.....	54
2.4 Derecho Argentino.....	55

2.4.1 Características de la Patria Potestad.....	58
2.4.2 La Administración de los bienes.....	59
2.4.3 Prohibiciones de los padres con respecto a los bienes de los hijos.....	60
2.4.4 Usufructo legal del padre y la madre.....	62
2.4.4.1 Caracteres del usufructo.....	63
2.4.4.2 Cesación del usufructo.....	64
2.4.5 Extinción, Pérdida y Suspensión de la Patria Potestad.....	64

CAPITULO III.- La Patria Potestad

3.1 Concepto de la Patria Potestad.....	68
3.2 Características de la Patria Potestad.....	73
3.3 Quienes ejercen la Patria Potestad.....	76
3.4 Derechos y Obligaciones derivadas de la Patria Potestad.....	82
3.5 Extinción, Pérdida y Suspensión de la Patria Potestad.....	84

CAPITULO IV.- Divorcio Necesario

4.1 Concepto de Divorcio.....	109
4.2 Estudio de las Causales de Divorcio.....	112
4.3 Procedimiento de Divorcio Necesario.....	132
4.4 Medidas Provisionales en el Juicio de Divorcio Necesario.....	139
4.5 Consecuencias jurídicas del Divorcio Necesario.....	140
4.5.1 En relación a los cónyuges.....	141
4.5.2 Respecto a los hijos.....	144
4.5.3 En cuanto a los bienes de los cónyuges.....	151

Conclusiones.....	155
-------------------	-----

Bibliografía.....	157
-------------------	-----

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

Para poder realizar un examen profesional, es indispensable desarrollar un tema de tesis, el cual además de abarcar un problema propio de la profesión a cuyo título se aspira, tal problema se debe presentar de una forma en la cual su planteamiento, desarrollo y conclusión encuadren una situación de crítica dentro del tema tratado, de tal manera que aporte una utilidad o progreso a la ciencia.

Por tal motivo hemos creído necesario desarrollar como tema de nuestro trabajo de tesis "La problemática de la pérdida de la Patria Potestad en la sentencia de divorcio con perjuicio del interés de los menores", ya que éste problema es de acontecer cotidiano.

Para tratar el mencionado tema y lograr un entendimiento claro y específico de lo que es la Patria Potestad, primeramente haremos referencia de sus antecedentes históricos, ya que se considera necesario para tener conocimiento de su origen y su evolución en los diferentes países en los cuales se conocía.

En el segundo capítulo de éste trabajo de investigación, haremos referencia a las disposiciones establecidas en los diferentes países del continente americano con la finalidad de poder establecer una situación común de lineamientos los cuales sean favorables para los menores sujetos a la Patria Potestad.

En el tercer capítulo trataremos de analizar los requisitos exigidos por la ley para el debido desempeño de la función del ejercicio de la Patria Potestad; así como también se analizarán las normas y conceptos que son regulados en nuestro derecho actual con la finalidad de estar en la posibilidad de proponer reformas o ediciones a éstas en beneficio del interés de los menores.

El análisis del cuarto capítulo nos llevará a la consecuencia real de las causas por las cuales los padres deban ser suspendidos y en su momento, perder los derechos que tienen al ejercicio de la Patria Potestad; las causas que la ley establece para ello y en específico la pérdida de la Patria Potestad como consecuencia del procedimiento de divorcio necesario, por ser ésta la causa más común y frecuente en nuestros días de la pérdida de la Patria Potestad dado el alto índice de divorcios que se dan en nuestra sociedad y que en muchos de los casos, los cónyuges por los conflictos que existen entre ellos olvidan en más de los casos, que aparte de los derechos que la ley les confiere, deberían de tomar en consideración, como interés primordial, el de los menores, a fin de lograr un normal desarrollo físico y mental de éstos; el cual necesariamente debería de estar por encima del interés de los cónyuges.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CUSTODIA Y LA PATRIA POTESTAD

1.1 En el Derecho Romano

1.1.1 Formas de adquirir la Patria Potestad

1.1.2 Tipos de Adopción

1.1.3 Extinción de la Patria Potestad

1.2 En el Derecho Español

1.2.1 Modos de extinción de la Patria Potestad

1.3 En el Derecho Alemán

1.3.1 Extinción de la Patria Potestad

1.4 En el Derecho Francés

1.4.1 Extinción de la Patria Potestad

1.5 Código Civil de 1870

1.6 Código Civil de 1884

1.6.1 Extinción, Pérdida y Suspensión de la Patria Potestad.

1.7 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917

1.7.1 Extinción, Pérdida y Suspensión de la Patria Potestad

1.7.2 Renuncia de la Patria Potestad

1.8 Código Civil de 1928

1.8.1 Extinción, Pérdida y Suspensión de la Patria Potestad

1.1 EN EL DERECHO ROMANO

En el derecho romano antiguo, encontramos que la Patria Potestad era ejercida por el pater familias, ya que existía un sistema puramente patriarcal en donde solo contaba el parentesco paterno, este sistema es llamado agnatio.

Así mismo, como lo señala Guillermo Floris Margadant, "El pater familias es dueño de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes y titular de los iura patronatus sobre los libertos. Tiene la Patria Potestad sobre los hijos y nietos, y muchas veces posee mediante la manus un vasto poder sobre la propia esposa y las nueras casadas (cum manu), es el juez dentro de la domus, y el sacerdote de la religión del hogar."⁽¹⁾

El pater familias, por la potestad absoluta que ejercía sobre todas las personas, tenía el derecho de castigar e incluso podía imponer la pena de muerte (Ius Vitae Necisque) a todos aquellos sobre los cuales ejercía ese derecho. Podía vender a sus hijos o exponerlos, y por medio del Jus Noxae Dandi tenía la facultad de entregarlos a un extraño para no tener ninguna responsabilidad, si uno de ellos cometiere algún delito; ya que el pater familias tenía que responder pagando los daños que ocasionaran al cometer el delito.

A través de los siglos estas características de poder absoluto e ilimitado se fue suavizando, especialmente por Augusto, ya que gracias a él, los hijos tenían la facultad de tener sus propios bienes (peculio), los cuales podían ser administrados por ellos mismos.

En la fase imperial la Patria Potestad empezó a ser una institución por medio de la cual no solo se tenían derechos, sino también se adquirían obligaciones.

(1) FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO, Derecho Privado Romano, decimacuarta edición, Editorial Esfinge, México 1986 pag. 196

1.1.1 FORMAS DE ADQUIRIR LA PATRIA POTESTAD.

1. La *Justae Nuptiae*: como lo describe Eugene Petit "Era el matrimonio legítimo, conforme a las reglas del Derecho Civil de Roma.

En la sociedad primitiva romana, el interés político y el interés religioso hacían necesaria la continuación de cada familia o gens por el bien de los hijos sometidos a la autoridad del jefe. De aquí, la importancia del matrimonio cuyo fin principal era la procreación de los hijos".⁽²⁾

2. La Adopción: como lo señala Eugene Petit "Es una institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las *justae nuptiae* entre el hijo y el jefe de familia"⁽³⁾

1.1.2 TIPOS DE ADOPCIÓN

Existen dos tipos de adopción que son las siguientes:

A) La adopción propiamente dicha que era por la que se adoptaba a un *Alieni Juris*. Al respecto Gabino Ventura Silva la define así: "Acto por el cual un extraño quedaba agregado a una familia romana sometiéndose a la potestad del pater familias como hijo o nieto".⁽⁴⁾

B) La adopción de una persona *Sui Juris* que era la llamada adrogación. Eugene Petit lo define de la siguiente manera: "Es un acto grave que hacía pasar un ciudadano *Sui Juris* acaso jefe de familia, bajo la autoridad de otro jefe".⁽⁵⁾

(2) PETIT EUGENE, Tratado Elemental de Derecho Romano, decimatercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1992 pag. 103

(3) Idem, pag. 113

(4) VENTURA SILVA GABINO, Derecho Romano, imprenta azteca, México 1962, pag. 90

(5) PETIT EUGENE, op. cit. Pag. 113

1.1.3 EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La Patria Potestad se extingue:

1. Por acontecimientos fortuitos.
2. Por medio de actos solemnes.

1. Acontecimientos Fortuitos:

- A) La muerte del pater familias.
- B) La pérdida de la ciudadanía del padre.
- C) La reducción ante la esclavitud del padre.
- D) La caída en esclavitud del hijo.
- E) La hija por caer in manu.

2. Actos Solemnes.- Son la entrega en adopción y la emancipación.

A) La Adopción.- Se extingue la Patria Potestad por la adopción, ya que el alieni juris dejaba de estar bajo la autoridad de su padre natural, para pasar a la de su padre adoptivo.

Para llevar a cabo la adopción, el padre natural hacía pasar al hijo por tres veces al adoptante, quien se obliga a través de un pacto a manucitarlo; a la tercera vez, el adoptante se lleva al hijo a su casa; y para consumarse la adopción el padre natural lo cedía por cuarta vez al padre adoptivo que el tenía la potestad sobre el hijo y como el padre natural no lo contradecía, el magistrado lo declaraba perdido la autoridad paterna al padre natural, y se la otorgaba al adoptivo.

B) La Emancipación.- Raúl Lemus García define a la emancipación diciendo que "Es la institución jurídica, en virtud de la cual se extingue la Patria Potestad por voluntad del

ascendiente que la ejerce, convirtiendo al hijo o descendiente de persona alieni iuris en sui iuris⁽⁶⁾

La emancipación se obtenía por un procedimiento indirecto, la ley de las doce tablas prevenía que el padre que vendiese tres veces a su hijo perdía sobre él la Patria Potestad; para la emancipación de un nieto o de una hija solo bastaba su venta.

1.2 EN EL DERECHO ESPAÑOL

La institución de la Patria Potestad en el derecho español tuvo gran influencia del derecho germánico y del derecho romano.

Ignacio Galindo Garfias, señala que "La Patria Potestad se denomina officum virie y constituye un poder absoluto y perpetuo a favor del padre; solo se concebía en la familia legítima."⁽⁷⁾

En el fuero juzgo (el Código más antiguo de España) se encuentran las disposiciones relativas a la Patria Potestad; es esta ley la que le concede la Patria Potestad a la madre en caso de que falleciera el padre; hasta que los hijos cumplieran quince años siempre y cuando la madre lo aceptara o no contrajera segundas nupcias; por impedimento o negativa de la madre, la Patria Potestad pasaba al hijo mayor cuya edad era entre los 20 y 30 años o en su defecto el tío del menor y en el supuesto de que ninguno tuviera la capacidad para ejercerla, el juez otorgaba ese derecho a otra persona pudiendo ser algún pariente o extraño.

(6) LEMUS GARCIA RAUL.- Derecho Romano, editorial Limusa México 1964, pag. 66

(7) GALINDO GARFIAS IGNACIO, Derecho Civil, decimasegunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1991, pag. 692

La Patria Potestad se ejercita, según el Código, sobre los hijos legítimos, los legitimados por subsiguiente matrimonio y concesión soberana y los naturales reconocidos y adoptivos menores de edad; con respecto al padre o madre que los reconozca o adopta.

Los deberes de los hijos eran obedecer a sus padres mientras permanecieran bajo su potestad y tributarles respeto y reverencia.

Los deberes de los padres eran de alimentarlos y educarlos; debían de representarlos en el ejercicio de todas sus acciones que pudieran redundar en su provecho.

1.2.1 MODOS DE EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Según el Código español, se acaba la Patria Potestad en los casos siguientes:

- A. Por la muerte de los padres o del hijo.
- B. Por la emancipación (por el matrimonio de los hijos).
- C. Por la adopción.

1.3 EN EL DERECHO ALEMÁN

El derecho alemán tuvo influencias del derecho romano y del cristianismo respecto de la institución de la Patria Potestad.

Siguiendo con la historia, Ignacio Galindo Garfias señala lo siguiente: "La Munt (Patria Potestad) tuvo siempre un carácter tutivo. En ese derecho, el poder de los padres sobre los hijos no era vitalicio, se extinguía cuando el hijo llegaba a la mayoría de edad".⁽⁸⁾

(8) Ídem, pag. 691.

El padre tenía el deber de cuidar al hijo y no se conocía la privación de la capacidad de los hijos para adquirir bienes. Los germánicos tenían la costumbre de colocar al niño en el suelo, a los pies del padre; si este lo levantaba en sus brazos, se entendía que lo reconocía como hijo suyo y lo introducía a la familia, se admitía la posibilidad de vender a los hijos como esclavos, este derecho tenía validez hasta que los hijos varones alcanzaban la pubertad y las hijas hasta que contrajeran matrimonio. La mujer podía ejercer la Patria Potestad únicamente si el padre muere.

En la edad media, la institución de la Patria Potestad fue evolucionando, ya no era un poder establecido en beneficio del padre, sino a favor o en beneficio del hijo.

El padre tenía que defenderlo y representarlo en juicio y sostener por él la prueba de juramento o del duelo, debía educarlo según su condición social, y si tenía la administración de los bienes de los hijos no los podía encjenar.

1.3.1 EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La Patria Potestad se extinguía:

- A. Por la muerte del padre.
- B. Por el matrimonio de los hijos.
- C. Por la emancipación del hijo.- Cuando el hijo llegaba a la pubertad tenía que servir al ejército y este se verificaba mediante la entrega del hijo ante la asamblea pública para el servicio de las armas.

1.4 EN EL DERECHO FRANCÉS

Ignacio Galindo Garfias señala lo siguiente: "La Patria Potestad en el derecho francés ha acentuado en el principio de la autoridad paterna en la familia legítima, el Código Civil de 1804 otorga al padre el ejercicio de la Patria Potestad, este poder se extingue a la mayoría de edad del hijo.

A partir de la ley de 22 de septiembre de 1942, la Patria Potestad concebida en el Código Civil, como un poder o autoridad del padre, se transforma en una potestad que debe ser ejercida en interés común del matrimonio y de los hijos.

Adquiere así, la Patria Potestad el carácter de una función temporal, ejercida en interés del grupo familiar legítimo, también la ley de 22 de mayo de 1946 proclama la idea de que los tribunales pueden privar del ejercicio de la Patria Potestad al padre o a la madre que por su conducta o salud puedan comprometer la formación adecuada de los hijos.

A partir de esta ley de 1946, se acentúa la dirección del derecho francés hacia una mayor intervención de los tribunales en el ejercicio de la Patria Potestad y en el control de la misma".⁽⁹⁾

En el Código Civil no se había previsto que la Patria Potestad pudiera ser extinguida, salvo en los casos de absoluta necesidad, como lo son los malos tratos, abandono y violencia.

1.4.1 EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Se daba la pérdida de la Patria Potestad cuando la condena era para el padre o por quien detenta la autoridad paterna:

(9) *Ibidem*, pag. 693.

A. Por un atentado cometido contra la persona o la moralidad del hijo o en convivencia con él.

B. Por excitación habitual de menores al desenfreno.

C. Por un crimen cometido en la persona de uno de sus propios hijos.

D. Por el crimen cometido con la participación del hijo.

1.5 CODIGO CIVIL DE 1870

La Patria Potestad fue reglamentada en el libro I título VII, dividida en tres capítulos, que comprendieron los artículos 389 al 429.

En su artículo 390 establecía "Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la Patria Potestad, mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponda aquella, según la ley".

Este Código también hace referencia de las personas que están facultadas para ejercer la Patria Potestad, dándole mayor importancia al hombre que a la mujer, pues señala que ejercitaran tal derecho en orden jerárquico:

1. El padre.
2. La madre.
3. El abuelo paterno.
4. El abuelo materno.
5. La abuela paterna.
6. La abuela materna.

Y solo por muerte, interdicción, ausencia o renuncia en el caso permitido, entrara en ejercicio de la Patria Potestad el que siga el orden establecido.

Las personas que ejercen la Patria Potestad, tienen los siguientes derechos sobre los hijos:

- A. De educación.
- B. De vigilancia y Corrección.
- C. La administración de sus bienes.

A. El derecho de educación.

Más que un derecho es una obligación que tienen los que están en el ejercicio de la Patria Potestad; están obligados a proporcionar educación a sus hijos menores, en forma conveniente y de acuerdo a sus aptitudes.

B. La vigilancia y corrección debe ejercitarse en forma mesurada, de modo tal, que el menor no sufra alteraciones en su salud a consecuencia de los medios empleados para corregirlo.

C. En cuanto a la administración de los bienes de los menores, existían cinco clases de bienes:

1. Los que procedían de la donación del padre.
2. Los que procedían de la donación de la madre o de los abuelos, aun cuando algunos de estos estuvieran ejerciendo la Patria Potestad.
3. Los que procedían de donaciones de los parientes colaterales o de personas extrañas.
4. Bienes debidos al don de la fortuna.

5. Bienes que adquiriera el hijo por su trabajo honesto.

En las cuatro primeras clases, el padre o la persona que ejerza la Patria Potestad del menor tiene la administración de sus bienes por ser el legítimo representante, pudiendo cederle al hijo cuando lo estime lo suficientemente capaz.

En cuanto a la quinta clase, los hijos tienen la exclusiva propiedad y administración de sus bienes.

Por lo que se refiere al usufructo de los bienes del menor, el padre o la persona que ejercita la Patria Potestad, en cuanto a los bienes que procedían de la donación del padre (primera clase), tiene la facultad de señalar la porción de frutos que recibirá el hijo, y de no hacerlo, se entendía que gozaba la mitad del usufructo.

En cuanto a los bienes que procedían de las donaciones de la madre, de los abuelos, de parientes colaterales, de personas extrañas y los debidos al don de la fortuna, tenía la mitad de los frutos, los cuales podían ceder al hijo.

En los bienes que el menor adquiriera por su trabajo, no tenía participación alguna.

La persona que ejercía la Patria Potestad tenía prohibido enajenar los bienes del menor, solo tenía la administración.

La única excepción era cuando se enajenaban por causas de absoluta necesidad o evidente utilidad, previa autorización judicial.

Al terminar su gestión como administrador, tenía la obligación de entregar al hijo los bienes y frutos que estaba administrando y que recibió bajo inventario.

Por lo que hace a la extinción, pérdida y suspensión de la Patria Potestad, los comentaremos, después de estudiar el Código de 1884, por la razón de que su reglamento no varía en lo absoluto; es decir, las causas de extinción, pérdida y suspensión de la Patria Potestad en el Código de 1870 son las mismas del Código de 1884.

1.6 CODIGO CIVIL DE 1884

En esta época, la Patria Potestad se presenta evolucionada distinta a como estaba reglamentada en la antigüedad; el poder del padre, ilimitado, absoluto y cruel se ha transformado en beneficio del hijo.

En este Código ya no se considera el poder paternal como un conjunto de facultades a favor del padre, como nos dice Ricardo Couto: "Dichas relaciones son un conflicto de deberes que por el hecho mismo de la generación, tienen los padres respecto de los seres que han engendrado verdad, es que aquellos ejercen determinadas facultades sobre los hijos, pero tales facultades no son propiamente, medios que la ley otorga a los padres para llenar el cumplimiento de los deberes que la naturaleza les ha impuesto." ⁽¹⁰⁾

De acuerdo a esta legislación, están sujetos a la Patria Potestad:

1. Los hijos menores de edad.
2. Los hijos no emancipados.

Se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos legítimos y de los hijos naturales legítimos o reconocidos.

(10) COUTO RICARDO, Derecho Civil Mexicano, tomo II, editorial la vasconia, México 1919, pag. 298.

Solo existen dos medios para legitimar o reconocer a un hijo natural y estos son:

- A. Por testamento; y
- B. En el acta de nacimiento de esto.

Este Código sigue contemplando el mismo orden de personas que pueden ejercer la Patria Potestad que el Código Civil de 1870.

De tal manera que podemos observar claramente que el Código Civil de 1884 le sigue dando prioridad al hombre y no a la mujer, para desempeñar el ejercicio de la Patria Potestad, la mujer quedaba en segundo término.

En cuanto a los derechos y obligaciones que se adquieren en el ejercicio de la Patria Potestad entre el padre y el hijo se pueden distinguir los siguientes:

1. Los derechos que tiene el padre es el de retener al hijo en su casa para ejercer el derecho de vigilancia y corrección, el padre puede corregir y castigar mesuradamente al hijo pudiendo acudir a las autoridades correspondientes en caso necesario.

2. Los hijos tienen el derecho a que se les proporcione educación adecuada a sus condiciones personales.

3. Al respecto Rodolfo Batiza señala: Artículo 389. "Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condiciones deben de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".⁽¹¹⁾

Los efectos de la Patria Potestad respecto de los bienes de quienes están sujetos a ella.

(11) BATIZA RODOLFO, Las Fuentes del Código Civil de 1928, Editorial Porrúa, S.A., México 1979, pag. 378

La persona que ejerce ese derecho es el representante legítimo de quienes están sujetos a ella misma y por lo tanto tienen el derecho de administrar los bienes de estos y el usufructo legal de dichos bienes en la forma y términos que establezca esta ley.

Clasificación de los bienes.

1. Bienes que proceden de donaciones del padre.
2. Bienes que proceden de herencia o legado del padre.
3. Bienes que proceden de donación; herencia o legado de la madre o abuelos, aun cuando aquella o alguno de estos esto ejerciendo la Patria Potestad.
4. Bienes que proceden de donación, herencia o legado de los parientes colaterales o personas extrañas, aunque estos y los anteriores se hayan donado en consideración al padre.
5. Bienes debidos al don de la fortuna.
6. Bienes que el hijo adquiere por su trabajo honesto.

En las cinco primeras clases, la persona que ejercía la Patria Potestad del menor tenía la administración de sus bienes, ya que es su legítimo representante, pudiendo cederle el hijo cuando estime conveniente por alcanzar la capacidad necesaria.

Al respecto la ley considera al hijo como emancipado respecto de dicha administración y las restricciones que pone al menor son las siguientes:

- A. La imposibilidad de enajenar, gravar o hipotecar sus bienes sin autorización judicial.
- B. Comparecer en juicio sin autorización del que ejerce la Patria Potestad.

De los bienes que el hijo adquiere por su trabajo; el mismo tiene la propiedad y la administración de ellos, el padre no puede enajenar ni gravar de ningún modo los bienes

Inmuebles que tiene para su administración solo en causas de absoluta necesidad o evidente utilidad previa autorización judicial.

En cuanto al usufructo que tienen los que ejercen la Patria Potestad sobre los bienes de los menores que están sujetos a ella. En los bienes de la primera clasificación; la persona que ejerce la Patria Potestad tiene la facultad de señalar la porción de frutos que recibirá el hijo y sino lo hiciere se entiende que es la mitad. En los bienes de segunda, tercera, cuarta y quinta, pertenece la mitad del usufructo a quien ejerce la Patria Potestad.

La administración y usufructo de los bienes termina por: la emancipación o por la mayoría de edad del hijo, por pérdida, suspensión y renuncia de la Patria Potestad de quien la ejerce.

Al respecto Ricardo Couto señala que: "La Patria Potestad se extingue o se acaba cuando de un modo definitivo deja de pertenecer a una persona sin que esta implique una extensión de aquel derecho mas que con relación a la persona que lo ha perdido y se suspende cuando de una manera temporal es privado de su ejercicio aquel que lo tenía".⁽¹²⁾

1.6.1 EXTINCIÓN, PÉRDIDA Y SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Las causas de extinción de la Patria Potestad son:

- La muerte del que la ejerce, y si no hay otra persona en quien recaiga.
- La emancipación y la mayoría de edad del hijo.

En el primer supuesto; cuando no existe persona alguna en la cual recaiga la Patria Potestad; se procede a nombrar un tutor que represente y cuide al menor.

(12) COUTO RICARDO, *op. cit.*, pag. 326

En el segundo supuesto; la emancipación del hijo mayor de 18 años y menor de 21 años la hace quien ejerce la Patria Potestad, siempre y cuando el menor lo consienta y con aprobación de un juez con conocimiento de causa; se hace con el carácter de irrevocable; también se alcanza por el matrimonio del menor. En este caso, si el matrimonio terminase por muerte de uno de los cónyuges, y si el que sobrevive es menor de edad no caerá nuevamente en la Patria Potestad. La mayoría de edad se alcanza al cumplir los 21 años de edad.

En la extinción de la Patria Potestad existen limitaciones en cuanto a los emancipados, con relación a las mujeres mayores de 21 años pero menores de 30, no pueden dejar la casa paterna sin consentimiento del padre o la madre en cuya compañía se hayan, a no ser para contraer matrimonio o que su padre o su madre pasen a segundas nupcias.

La Patria Potestad se pierde:

A. Cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de ese derecho.

B. En los casos que procediere como consecuencia del divorcio de los padres.

C. Cuando el que ejercita la Patria Potestad era castigado por el delito de corrupción, perdía el derecho de la Patria Potestad sobre todos los descendientes y cuando el delito era el de lesiones se privaba únicamente del derecho de corrección sobre los menores.

Cuando el cónyuge culpable en los casos de divorcio pierde la Patria Potestad, pierde solo ese derecho y deja subsistente las obligaciones inherentes a ella.

Los causas de divorcio por las que se perdía la Patria Potestad eran: el adulterio; la dote a luz a un hijo durante el matrimonio y que sea declarado judicialmente ilegítimo; la propuesta del marido para prostituir a la mujer; por incitar a su cónyuge a cometer un delito; por corromper a los hijos; por el abandono del hogar conyugal sin causa justa por mas de un año;

por la negativa de suministrar alimentos si este obligado a ello; por tener vicios incorregibles como el juego o embriaguez, cabe hacer la aclaración de que el divorcio no era vincular sino únicamente separación.

La pérdida de tales derechos no es definitiva para el cónyuge culpable por que vuelve a recobrarla al morir el cónyuge inocente en los siguientes casos:

Cuando se concedió el divorcio por sevicia, amenazas o injurias graves, por que la causal de divorcio se fundo en la acusación falsa por un cónyuge contra el otro y cuando el divorcio se obtuvo porque el cónyuge culpable violó las capitulaciones matrimoniales.

Otras causas de la pérdida de la Patria Potestad eran la desobediencia de la madre o abuela al oír el dictamen de consultores, en caso de que el padre por testamento haya impuesto esa obligación; la renuncia hecha por la madre, abuelos o abuelas ya que son los únicos que pueden hacerlo; pues el padre nunca puede hacerlo; cuando la madre o la abuela contraigan nuevas nupcias, en este caso se le nombra un tutor al menor que nunca podrá ser el nuevo marido; si la madre o la abuela enviudan vuelven a recobrar el ejercicio de la Patria Potestad.

La Patria Potestad se suspende cuando el que la ejerce es privado temporalmente de su ejercicio ya sea por incapacidad declarada judicialmente; por ausencia declarada en forma y por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión.

Se suspende el ejercicio de la Patria Potestad, al que pierda el uso de sus facultades mentales, por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tenga intervalos lucidos y a los sordomudos que no sepan leer ni escribir; la incapacidad debe ser declarada judicialmente.

Se suspende la Patria Potestad cuando el juez ha declarado legalmente ausente a quien la ejerce, cuando han pasado 5 años desde el día que se ausento sin dejar apoderado o han

pasado 10 años, si lo hizo, y se hayan hecho las publicaciones durante 3 meses con intervalos de 15 días; pasados seis meses desde la fecha de la última publicación, si no hubiere noticias del ausente, el juez declara en forma la ausencia, y hasta este momento es cuando se suspende la Patria Potestad.

1.7 LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

El 9 de abril de 1917 fue expedida por Don Venustiano Carranza la Ley Sobre las Relaciones Familiares, como lo señala Ramón Sánchez Medel "Usurpando funciones legislativas que no tenía y haciendo, por lo tanto, que tuviera un vicio de origen por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un congreso a quien correspondía darle vida".⁽¹³⁾

Siguiendo con la historia, Rodolfo Batiza señala lo siguiente: "La institución de la Patria Potestad fue reglamentada en los artículos 238 al 355.

Artículo 239. - Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la Patria Potestad, mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponda aquella, según la ley".⁽¹⁴⁾

En su artículo 240 nos señala que la Patria Potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, de los hijos legitimados, de los naturales y de los adoptivos.

Esta ley establece quienes están facultados para ejercer la Patria Potestad:

A. Por el padre y la madre.

(13) SANCHEZ MEDAL RAMON, Los Grandes Cambios en el Derecho de la Familia de México, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1991, pag. 26 y 27.

(14) BATIZA RODOLFO, op. cit., pag. 378.

B. Por el abuelo y la abuela paternos.

C. Por el abuelo y la abuela maternos.

Como se puede apreciar, ya no se le da mayor importancia al hombre que a la mujer como anteriormente era previsto por los Códigos de 1870 y 1884, además, la Patria Potestad ya no se ejercía por una sola persona.

Solo por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entraran al ejercicio de la Patria Potestad los que sigan en el orden establecido en el párrafo anterior.

Si solo faltare una de las dos personas a que en el orden indicado corresponde la Patria Potestad, el que queda, continuara en el ejercicio de ese derecho.

Los hijos, mientras estuviesen bajo la Patria Potestad, no podrán dejar la casa de los que ejercen ese derecho sin permiso de ellos o decreto judicial.

En cuanto a los derechos y obligaciones de las personas que ejercen la Patria Potestad son:

1. Tienen la obligación de educar adecuadamente a sus hijos.
2. Tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente.
3. Las autoridades auxiliaran a los padres en el ejercicio de las facultades que les confiere la ley de una manera prudente, siempre que sean requeridos para ello.
4. El que esta sujeto a la Patria Potestad no pueda comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejercen aquel derecho.

En cuanto a los bienes de los que están sujetos a la Patria Potestad, esta ley contempla lo siguiente:

Los que ejercen la Patria Potestad son los legítimos representantes de los que están bajo ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen.

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

Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres o los abuelos entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecerán a este, y en ningún caso serán frutos de que deberá gozar el que o los que ejerzan la Patria Potestad.

Los que ejerzan la Patria Potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa autorización del juez competente.

El derecho de usufructo concedido a los que ejercen la Patria Potestad se extingue:

- A. Por la mayor edad de los hijos.
- B. Por la pérdida de la Patria Potestad.
- C. Por renuncia.

Los que ejercen la Patria Potestad no tienen obligación de dar cuenta de su gerencia más que respecto de los bienes que no les pertenezcan.

En todos los casos en que los que ejercen la Patria Potestad tengan un interés opuesto al de sus hijos menores, serán estos representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

1.7.1 EXTINCIÓN, PÉRDIDA Y SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Rodolfo Batiza menciona lo siguiente: "La Ley Sobre Relaciones Familiares, en su artículo 259 señala la extinción de la Patria Potestad de la siguiente manera:

La Patria Potestad se acaba:

- I. Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II. Por la mayor edad del hijo;
- III. Por la emancipación en los términos del Artículo 479".⁽¹⁵⁾

En el artículo 260 menciona que la Patria Potestad se pierde en los siguientes casos:

- A. Cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de ese derecho.
- B. La madre o abuela que pasa a segundas nupcias pierde la Patria Potestad, si no hubiere persona en quien recaiga, se procederá a nombrar un tutor el cual no podrá ser el segundo marido.

Así mismo, señala en el artículo 262 que la Patria Potestad se suspende:

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

(15) *Idem*, pag. 390.

1.7.2 RENUNCIA DE LA PATRIA POTESTAD

Los abuelos y abuelas pueden renunciar a la Patria Potestad o al ejercicio de esta; la cual en ambos casos, recaerá en el ascendiente o ascendientes a quienes corresponda según la ley, si no los hubiere, se proveerá a la tutela del menor.

Pueden excusarse de ser tutores de cualquier clase:

A. Los que tengan 60 años cumplidos.

B. Los que por el mal estado habitual de su salud, o por no saber leer, ni escribir, no puedan atender debidamente a la tutela.

1.8 CODIGO CIVIL DE 1928

El código civil de 30 de agosto de 1928, como lo señala Ramón Sánchez Medal "Continuó los lineamientos de la Ley Sobre Relaciones Familiares aunque con algunas variaciones, en relación el tema que nos ocupa estableció lo siguiente:

La Patria Potestad esta reglamentada en su título octavo que se divide en tres capítulos comprendiendo del artículo 411 al 448.

En su capítulo I titulado: De los efectos de la Patria Potestad respecto de la persona de los hijos, establece lo siguiente:

Artículo 411. -"Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Artículo 412. – "Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la Patria Potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.

Además, señala que la Patria Potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos, su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que se impriman las resoluciones que dicten, de acuerdo con la Ley Sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal". ⁽¹⁶⁾

En cuanto a las personas que pueden ejercer la Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio son:

- I. Por el padre y la madre;
- II. Por el abuelo y abuela paternos;
- III. Por el abuelo y abuela maternos.

Solo por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entraran al ejercicio de la Patria Potestad los que sigan en el orden establecido anteriormente, si solo faltara alguna de las dos personas a quienes correspondía el ejercicio de ese derecho, la que queda continuará en el ejercicio de ese derecho.

Mientras estuviere el hijo en la Patria Potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

Dentro de los derechos y obligaciones que tienen las personas que ejercen la Patria Potestad podemos señalar las siguientes:

Tienen la obligación de educar al hijo de manera conveniente.

(16) SANCHEZ MEDAL RAMON, op. cit. Pág. 40.

Tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos de manera mesurada; las autoridades, en caso necesario, auxiliaren a esas personas, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna.

El que esta sujeto a la Patria Potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan ese derecho.

Con respecto a los bienes del hijo, esta legislación nos marca lo siguiente:

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.

Los bienes de los hijos se dividen en dos clases:

- A. Bienes que adquiriera por su trabajo.
- B. Bienes que adquiriera por cualquier otro título.

Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

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 corresponde a las personas que ejerzan la Patria Potestad, si los hijos obtienen 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.

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.

La renuncia del usufructo hecha a favor del hijo, se considera como donación.

Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a este, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la Patria Potestad.

El usufructo de los bienes concedidos a las personas que ejerzan la Patria Potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el capítulo II del título VI, además las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los siguientes casos:

A. Cuando los que ejerzan la Patria Potestad han sido declarados en quiebra, o estén concursados.

B. Cuando contraigan ulteriores nupcias.

C. Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

Cuando por la ley o por voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considera respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

Los que ejercen la Patria Potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa la autorización del juez competente. Tampoco podrán calabrar contratos de arrendamiento por mas de cinco años, ni recibir la renta anticipada por mas de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se cotiza en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de estos; ni dar fianza en representación de los hijos.

El derecho de usufructo se extingue:

- I. Por la emancipación o la mayor edad de los hijos.**
- II. Por la pérdida de la Patria Potestad.**
- III. Por renuncia.**

Las personas que ejercen la Patria Potestad tienen la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos.

En todos los casos en que las personas que ejercen la Patria Potestad tengan un interés opuesto al de los hijos, serán estos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

También deben entregar a sus hijos, luego que estos se emancipan o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que le pertenecen.

1.8.1 EXTINCIÓN, PÉRDIDA Y SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La extinción de la Patria Potestad está reglamentada en el artículo 443, el cual nos señala que existen tres formas de acabar la Patria Potestad y son las siguientes:

- A. Con la muerte del que la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga;**
- B. Con la emancipación;**
- C. Por la mayor de edad del hijo.**

Así mismo, en el artículo 444 del mismo Código señala que la Patria Potestad se pierde:

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

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

III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la ley penal;

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

La madre o abuela que pase a segundas nupcias, no pierde por este hecho la Patria Potestad, el nuevo marido no ejercerá la Patria Potestad sobre los hijos del matrimonio anterior.

En el artículo 447 señala que la Patria Potestad se suspende:

A. Por incapacidad declarada judicialmente;

B. Por la ausencia declarada en forma;

C. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

La Patria Potestad no es renunciable pero aquellos a quienes corresponda el ejercicio de la misma pueda excusarse en los casos siguientes:

I. Cuando tenga 80 años cumplidos.

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

Este Código a lo largo de la historia ha sido reformado en varias ocasiones; la etapa en la cual ha sufrido mas reformas, ha sido en el sexenio del presidente Luis Echeverría, quien lo reformo nueve veces para modificar 157 artículos y derogar ocho preceptos.

Sin duda, las reformas más importantes y trascendentales que sufrió este Código en la época de Luis Echaverría fueron las relativas al derecho de la familia (año de 1974).

Lo anteriormente expuesto es, a grandes rasgos los antecedentes más importantes de la Patria Potestad.

CAPITULO SEGUNDO

DERECHO COMPARADO

2.1 Derecho Uruguayo

- 2.1.1 En cuanto a los bienes**
- 2.1.2 La Conservación de la administración por la mujer embarazada**
- 2.1.3 Obligaciones del Usufructuario**
- 2.1.4 La Patria Potestad de los hijos naturales**
- 2.1.5 La Pérdida de la Patria Potestad**
- 2.1.6 Limitación de la Patria Potestad**

2.2 Derecho Boliviano

- 2.2.1 Daberes y derechos de los padres**
- 2.2.2 Administración de los bienes del menor y su representación en los actos civiles**
- 2.2.3 Bienes de los hijos que no están dentro de la administración de sus padres**
- 2.2.4 Extinción de la Patria Potestad**
- 2.2.5 Pérdida de la Patria Potestad**
- 2.2.6 Suspensión de la Patria Potestad**
- 2.2.7 Restitución de la Patria Potestad**

2.3 Derecho Peruano

- 2.3.1 Exclusión de los bienes de la administración de los padres**
- 2.3.2 Prescripción de las Acciones**
- 2.3.3 Bienes que se hallan fuera del usufructo de los padres**
- 2.3.4 Cargas del usufructo legal**
- 2.3.5 Cesación del usufructo legal y de la administración por la declaración de quiebra**

2.3.6 Deberes de los hijos

2.3.7 Extinción de la Patria Potestad

2.3.8 Pérdida de la Patria Potestad

2.3.9 Privación de la Patria Potestad

2.3.10 Limitación de la pérdida o de la privación

2.3.11 Suspensión del ejercicio de la Patria Potestad

2.3.12 Restitución de la Patria Potestad

2.4 Derecho Argentino

2.4.1 Características de la Patria Potestad

2.4.2 La Administración de los bienes

2.4.3 Prohibiciones de los padres con respecto a los bienes de los hijos

2.4.4 Usufructo legal del padre y la madre

2.4.4.1 Caracteres del usufructo

2.4.4.2 Cesación del usufructo

2.4.5 Extinción, Pérdida y Suspensión de la Patria Potestad

2.1 DERECHO URUGUAYO

Concepto y definición.- Julio J. López del Carril señala que: "La Patria Potestad es el conjunto de derechos que la ley concede a los padres en las personas y bienes de sus hijos menores de edad. La madre sucede al padre en la Patria Potestad, con todos sus derechos y obligaciones". ⁽¹⁷⁾

Derechos y obligaciones de los padres e hijos, que nacen como consecuencia de la Patria Potestad.

A. Prestación de alimentos

B. Los padres tienen la obligación de proporcionar a los hijos educación, esta será de acuerdo a sus aptitudes y características.

C. Los padres tienen la facultad de corregir moderadamente a sus hijos y si esto no bastara, podrán ocurrir al juez para que les imponga la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional.

D. Los padres tienen el derecho de retener a los hijos menores de edad en su casa para poder educarlos y corregirlos.

(17) LOPEZ DEL CARRIL JULIO J. Patria Potestad, Tutela y Curatela, Ediciones de Palma, Buenos Aires 1993, pag. 139.

"Los hijos menores de edad no pueden, sin permiso de los padres dejar la casa paterna o aquella en que sus padres los han puesto, en todos los casos debe ser auxiliada la autoridad domestica por la autoridad publica a efecto de hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus padres (Art. 257 del Código Civil)".

Al respecto Julio J. López del Carril asegura que: "En caso que el hijo menor de edad se encontrare ausente de la casa paterna y los padres no pudieran atenderlo con lo que necesita por razón de alimentos, las suministraciones que lo haga cualquier persona deberán ser autorizadas por los padres, quien haga los suministros debe dar noticia de ellos a los padres lo mas pronto posible, toda omisión voluntaria hará cesar la responsabilidad de los padres". ⁽¹⁸⁾

E. Los padres tienen la obligación de representar en todos los actos civiles a sus menores hijos.

F. Los padres pueden exigir a sus hijos, que les presten los servicios propios de su edad, sin que los hijos tengan derecho a reclamar alguna recompensa.

G. Los hijos, cualesquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a su padre y a su madre.

H. Los hijos no pueden demandar a sus padres, sino por sus intereses propios, y ellos, previa licencia judicial, la que al ser otorgada debe suministrarse el hijo un curador.

(18) *Idem*, pag. 140

I. No es necesaria la intervención paterna para proceder criminalmente contra los hijos de familia; pero los padres están obligados a suministrarles los auxilios que sean necesarios para su defensa.

J. Los hijos menores de edad que estén bajo la Patria Potestad pueden testar libremente; siempre y cuando el varón sea mayor de 14 años y la mujer haya cumplido 12 años.

2.1.1 EN CUANTO A LOS BIENES

Por lo que hace a la administración.- Los padres son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su Patria Potestad, tengan o no los padres el usufructo, acordaran quien de ellos administrara los bienes sin perjuicio de las excepciones previstas por la ley, esos convenios, sus modificaciones y rescisión se inscribirán en el registro general de inhibiciones, sin cuyo requisito no tendrán efecto contra terceros.

En caso de desacuerdo entre los padres, cualquiera de ellos podrá ocurrir ante el juez competente y la resolución que recaiga se comunicara al citado registro dentro del quinto día de quedar ejecutoriada.

El hijo tendrá la administración del peculio profesional o industrial, para cuyos efectos se le considera como emancipado o habilitado de edad (Arts. 267 del Código Civil y 249, Código de Niño).

Los padres, tampoco tienen la administración de los bienes donados o dejados por testamento a los hijos bajo la condición de que los padres no lo administren, la condición

impuesta por el donante o testador de que administre el padre, no le priva de la administración legal, salvo que en la donación o el testamento se impongan ambas condiciones prohibitivas.

Los padres tienen las siguientes prohibiciones en cuanto a la administración de los bienes de los hijos menores de edad.

1. Enajenar los bienes raíces de los hijos o las rentas constituidas sobre la deuda nacional, si no es por causa de necesidad o utilidad evidente de dichos hijos y previa autorización del juez, con audiencia del ministerio público.

2. Constituir, sin la autorización judicial, derechos reales sobre los bienes de los hijos o transferir derechos reales que pertenecen a los hijos sobre los bienes de otros.

3. Comprar por sí mismos, ni por interpuesta persona, bienes de cualquier clase de propiedad de sus hijos, aunque sea en remate público.

4. Constituirse casionarios de créditos, derechos o acciones contra los hijos, a no ser que las sesiones resulten de una subrogación legal.

5. Hacer remisión voluntaria de los derechos de los hijos.

6. Hacer transacciones privadas con sus hijos, sobre la herencia del cónyuge premuerto o sobre herencia en que sean con ellos coherederos o legatarios.

7. Obligar a sus hijos como fiadores de ellos o de terceros. Los actos de los padres contra las prohibiciones de esta norma son nulos.

8. No valdrán las enajenaciones que los padres hicieren; sin previa autorización judicial, de los ganados de cualquier clase que forman los establecimientos rurales, salvo las ventas que puedan hacer los usufructuarios que tienen el usufructo de rebaños.

Ruina de la administración.- Si se prueba que la administración de los padres es ruinosa para los bienes del hijo, el juez, o instancia de los parientes del menor o del ministerio público, podrá hacer cesar esa administración y designar un curador especial, y este curador entregará

al padre o madre el sobrante de rentas de aquellos bienes de los cuales la ley le otorga el usufructo, deducidos los gastos de administración.

2.1.2 LA CONSERVACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA MUJER EMBARAZADA

Julio J. López del Carril señala al respecto que: "Si alguno falleciere, dejando embarazada a su mujer, conservara ésta la administración de los bienes como si ya hubiere nacido la criatura y aunque no nazca viable o resulte que la mujer no ha estado encinta, no será obligada a restituir a los que fueren herederos, lo que ella hubiera consumido por razón de alimentos o gastos del parto". ⁽¹⁸⁾

Por lo que se refiere al usufructo; el padre o la madre, en su caso, tienen el usufructo de todos los bienes de sus hijos legítimos que estén bajo su Patria Potestad, exceptuando los siguientes:

1. De los bienes que los hijos adquieran por sus servicios civiles, militares o eclesiásticos.
2. De los que adquieran por su trabajo o industria.
3. De los que adquieran por caso fortuito.
4. De los que adquieran por donación, herencia o legado, cuando el donante o testador han dispuesto expresamente que el usufructo corresponda al hijo.
5. De las herencias o legados que hayan pasado al hijo por indignidad del padre o la madre, o por haber sido estos desheredados.

Los bienes indicados en los incisos 1 y 2 constituyen el peculio profesional o industrial del hijo; aquellos en que el hijo tiene la propiedad y los padres el derecho de usufructo, forman el peculio adventicio ordinario; y los comprendidos en los incisos 3, 4 y 5, forman el peculio adventicio extraordinario.

(18) *Ibidem*, pag. 144

2.1.3 OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO

El padre o madre, en su caso, en relación a los bienes del hijo de los cuales la ley les concede el usufructo y también la administración, son responsables para con el hijo de la propiedad y los frutos.

Por el matrimonio adquieren los hijos el usufructo de todos sus bienes. En caso de emancipación, pueden los padres emancipantes reservarse la mitad del usufructo, hasta la mayoría de edad de los hijos.

En los noventa días siguientes al fallecimiento del padre o de la madre, el sobreviviente debe hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio y determinarse en él, los bienes que correspondan a los hijos, so pena de no tener el usufructo de los bienes de los hijos menores.

2.1.4 LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS NATURALES

Si los hijos naturales fueron reconocidos legítimamente o declarados tales judicialmente, la Patria Potestad se ejerce en los mismos términos ya señalados de los hijos legítimos, con las siguientes excepciones:

- A. La ley no concede a los padres naturales el usufructo de los bienes de sus hijos;
- B. Los padres naturales solo tienen la administración de los bienes con la obligación de rendir cuentas;
- C. Incumbe a la madre o al padre que ha reconocido el hijo natural la obligación alimentaria y las demás prestaciones comprendidas dentro de los alimentos;

D. La persona casada, que antes de su matrimonio o dentro de este, ha reconocido un hijo natural habido de otra persona distinta de su cónyuge, no puede traerlo a su casa, sin el consentimiento de su cónyuge;

E. La acción para reclamar los alimentos es recíproca entre padres e hijos naturales, y tendrá lugar siempre que unos u otros se hallaran en circunstancias de no poder proveer sus necesidades.

2.1.5 LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

La pérdida de la Patria Potestad se produce en dos situaciones jurídicas:

A. De pleno derecho (Art. 294 del Código Civil);

B. A instancia de parte, previa sentencia de juez competente (Art. 285 del Código Civil).

A. De pleno derecho;

Los padres perderán de pleno derecho, y sin necesidad de declaración expresa, la Patria Potestad sobre sus hijos en los siguientes casos:

1. Si fueren condenados por la Comisión de un delito.
2. Si fueren condenados a pena de penitenciaría como autores o cómplices contra la persona de uno o varios hijos.
3. Si fueren condenados dos veces con pena de prisión como autores o cómplices de un delito cometido contra uno o varios de sus hijos.

La pérdida de la Patria Potestad comprende la de todos los derechos inherentes a ella, pero no de las obligaciones que a ésta le confieren para con sus hijos.

B. A instancia de parte, previa sentencia de juez competente, y se produce en los siguientes casos:

1. Si los padres fuesen condenados a penitenciaría como autores o cómplices de un delito común.

2. Si por dos veces fueren condenados por sustitución, ocultación, atribución de falsa afiliación o paternidad, exposición o abandono de niños, por vagancia o en el caso de mendicidad conforme al Art. 347 del Código Civil, ("Teniendo menores bajo su guarda les ordenen, inviten, estimulen o permitan que imploren la caridad pública o toleren que otros se valgan de ellos con ese fin").

3. Si fueren condenados por algún delito.

4. Si fueren condenados por dos veces a pena de prisión como autores o cómplices de delitos a que hubieren concurrido con sus hijos.

5. Los que excitaren o favorecieron en cualquier forma la corrupción de menores.

6. Si por sus costumbres depravadas o escandalosas, ebriedad habitual, malos tratos o abandono de sus deberes, pudiesen comprometer la salud, seguridad o moralidad de sus hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la ley penal.

7. Si se comprobare en forma irrefragable que durante un año han hecho abandono culpable de los deberes inherentes a su condición de padres, no prestando a sus hijos los cuidados y atenciones que les deban.

2.1.8 LIMITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Si la conducta de los padres no bastase, a criterio de los jueces, para declarar la pérdida de la Patria Potestad, podrían emitir ésta hasta donde lo exija el interés de los hijos.

2.2 DERECHO BOLIVIANO

Este Código hace referencia a la Patria Potestad en su título primero denominado "De la autoridad de los padres" y en su artículo 249 determina:

Artículo 249. - "El hijo menor de edad se halla sometido a la autoridad de sus padres hasta que llega a su mayoría de edad o se emancipa".

Se prohíbe la separación del hijo menor de edad con respecto a sus padres, a menos que exista causa legítima.

La Patria Potestad se ejerce sobre los hijos comunes y sobre los hijos no comunes.

Se ejerce sobre los hijos comunes durante el matrimonio por el padre y la madre.

Los actos de uno solo de los progenitores que se justifique por el interés del hijo, se presume que cuentan con el consentimiento del otro.

La autoridad es ejercida por uno solo, ya sea por el padre o la madre, en caso de ausencia de uno de los progenitores, de pérdida o suspensión de su autoridad, de incapacidad u otro impedimento.

En el supuesto de hijos no comunes que solo pertenecen al padre o a la madre, la autoridad se ejerce sobre cada hijo por separado.

En las uniones libres se aplican las mismas normas que se establecen para los hijos comunes dentro del matrimonio siempre y cuando los padres vivan juntos.

En caso de muerte o declaración de fallecimiento presunte de uno de los cónyuges, el que sobreviva, ejercerá la Patria Potestad sobre los hijos menores.

En los casos de divorcio o separación legal o nulidad o invalidez del matrimonio, la autoridad sobre los hijos se ejerce por aquel a quien se confía la guarda, y el que no ha obtenido la guarda, conserva el derecho de visita conforme a las condiciones que fije el juez, y la de vigilar la educación y mantención de los hijos.

La misma disposición y situación rige para las uniones libres cuando ha cesado la vida en común.

La Patria Potestad se ejerce sobre los hijos reconocidos por sus padres, por aquel que tenga la guarda de los mismos; esta guarda corresponde regularmente a la madre aunque sea menor de edad o cuando su reconocimiento sea posterior al del padre, siempre que el hijo no le halla sido entregado al padre.

Sin embargo, el juez podrá coardar la guarda al padre o en tutela a otra persona de los hijos menores, cuando sus intereses lo vean afectados.

Los acuerdos que celebren los padres en relación a la guarda de los hijos menores de edad serán aceptados por el juez competente, siempre y cuando sean benéficos para el hijo; si el acuerdo resultare perjudicial para el hijo, el juez podrá entregarlo a un establecimiento especializado.

Al respecto Julio J. López Del Cerri señala: "Si la filiación es establecida por sentencia judicial, no corresponde el ejercicio de la Patria Potestad, a ninguno de los progenitores, pero quedaran subsistentes para ambos, los deberes de asistencia del hijo, el derecho de visita se mantiene y la relación con el padre o la madre que no la ejerce; el derecho de vigilancia sobre

su manutención y educación; siempre y cuando no sea perjudicial a los intereses del hijo menor. (20)

2.2.1 DEBERES Y DERECHOS DE LOS PADRES

- A. El de guardar al hijo
- B. El de corregir adecuadamente la conducta del hijo.
- C. Mantener y educar al hijo dotándolo de una profesión u oficio socialmente útil, según su vocación y aptitudes.
- D. Administrar el patrimonio del hijo y representarlo en los actos de la vida civil.

El hijo no puede abandonar la casa de sus padres o la que estos le hayan señalado en ejercicio de su autoridad.

En este caso, si el hijo se ausentare sin permiso, se puede obtener su reintegro con auxilio de la fuerza pública.

Si el hijo ha llegado a los 18 años de edad y contrae matrimonio, queda emancipado y por lo tanto puede ser autorizado judicialmente a vivir separadamente de sus padres.

Si el hijo sufre de alguna enfermedad o deficiencia física o mental, debe proporcionársele una educación adecuada a su estado.

Respecto de la educación religiosa del hijo; los padres acordaran durante su matrimonio la educación religiosa de su hijo, o la determinara el progenitor que tenga la guarda de este. En caso de discordia, el juez preferirá el que se pronuncie por la religión oficial del estado, el hijo llegado a los 18 años, puede adoptar la creencia que más le convenga.

(20) Ídem, pag. 125

2.2.2 ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL MENOR Y SU REPRESENTACIÓN EN LOS ACTOS CIVILES

Esta estará a cargo de los padres ya sea conjuntamente o por separado.

El juez a petición de los padres, puede autorizar a que cada uno, administre y represente separadamente ciertos bienes o intereses, o incluso a que uno de ellos asuma la administración y representación, siempre que así convenga al interés del hijo.

Existe la prohibición de enajenar o gravar con derechos reales los bienes inmuebles y muebles del hijo; si no cuando hay necesidad y utilidad comprobadas, con autorización judicial.

También se prohíbe renunciar a herencias, aceptar donaciones o legados sujetos a cargas y condiciones, concertar divisiones y participaciones, contraer préstamos, celebrar arrendamientos o contratos de anticresis por más de tres años, recibir la renta anticipada por más de un año, etc.; sino cuando así convenga al interés del hijo y con autorización judicial.

El empleo de las rentas de los bienes de propiedad del menor pueden los padres emplearlas en los gastos de manutención y educación de los hijos, o incluso podrán los padres cuando se hallen imposibilitados para trabajar hacer uso de esas rentas para el cumplimiento de sus deberes, siempre que el juez lo autorice.

Existen otras prohibiciones en cuanto a los bienes de los hijos, las cuales son las siguientes:

Los padres no pueden adquirir directa o indirectamente los bienes o derechos de los hijos menores de edad o incapaces, no pueden ser cesionarios de ningún derecho o crédito contra estos.

En el supuesto de conflicto de intereses entre padres e hijos menores de edad, el juez tutelar nombrará a esos hijos un curador especial. Si ese conflicto se presenta entre los hijos sometidos a una misma autoridad de potestad, el juez designará un curador especial para cada uno de los hijos.

2.2.3 BIENES DE LOS HIJOS QUE NO ESTÁN DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN DE SUS PADRES.

Los padres no tienen la administración de los bienes siguientes:

A. Los que el hijo adquiere con su trabajo o industria.

B. Los dejados o donados al hijo con la condición de que no los administren los padres; pero esa condición no tiene efecto si se trata de bienes que constituyen la legítima hereditaria del hijo menor.

C. Los dejados o donados al hijo, en defecto del padre o la madre o que les han sido aceptados contra la voluntad de los padres. Estos bienes son administrados por:

1. El administrador que se designe judicialmente.
2. Por el hijo si ha cumplido los 18 años de edad.

2.2.4 EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La Patria Potestad se extingue:

- A. Por la muerte del último progenitor que ejerza la autoridad.
- B. Por la muerte del hijo.
- C. Por la emancipación del hijo.
- D. Por la mayoría de edad del hijo.

2.2.5 PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

Los padres, conjunta o separadamente, pierden su autoridad cuando:

A. Son autores o cómplices de delito grave contra el hijo.

B. En el caso de tener los padres costumbres depravadas, por los malos tratos o el abandono de sus deberes que comprometan o pudieren comprometer la salud, la seguridad o moralidad del hijo, aunque esos hechos no traigan consigo sanción penal.

C. Cuando exponen o abandonan al hijo.

2.2.6 SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La autoridad de los padres se suspende:

A. Por la interdicción judicial decretada.

B. Por la declaración de ausencia.

C. Por impedimento de hecho para seguir ejerciendo dicha autoridad.

D. Por fallas, negligencia o incumplimiento de deberes que no sean de gravedad como para declarar la pérdida.

La suspensión puede ser total o solo para ciertos casos.

2.2.7 RESTITUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

En dos supuestos los padres pueden solicitar al juez que se los reintegre en dicha autoridad:

1. Cuando los padres han sido suspendidos por impedimento de hecho para el ejercicio y por faltas, negligencia o incumplimiento de los deberes que no sean de gravedad como para decretar la pérdida, y ha cesado el impedimento de hecho o se demuestran correcciones en la conducta del padre o la madre que justifique la reintegración.

2. Pueden pedir el reintegro los padres que han perdido la autoridad por sentencia judicial, y demuestran su corrección, regeneración y arrepentimiento debidamente comprobados, y además que tengan esos hechos notoriedad pública.

Solo se admite la intercesión de la demanda de restitución en la autoridad paterna o materna después de dos años de decretada la pérdida.

2.3 DERECHO PERUANO

Julio J. López Del Carril señala lo siguiente: "El Código Civil vigente desde el 14 de noviembre de 1984, no contiene una definición o concepto de la Patria Potestad y emplea la terminología de "Patria Potestad".

Se establece por la Patria Potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores". (21)

Existe el ejercicio conjunto del padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo.

(21) *Ibid.*, pag. 130

En los casos de divorcio, separación de cuerpos o invalidez de matrimonio, la Patria Potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos y el otro cónyuge queda suspendido en el ejercicio de la Patria Potestad.

En cuanto a los hijos extramatrimoniales, la Patria Potestad es ejercida por el padre o la madre que los hayan reconocido; y si ambos lo hubieran hecho, el juez de menores determinará a quien le corresponde el derecho de ejercer la Patria Potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo o la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y contemplando en todos los casos el interés del hijo menor.

Aun cuando la madre sea menor de edad, puede ostentar la Patria Potestad siempre y cuando el padre no la tenga y el juez no haya confiado a un curador ese derecho.

En estos casos los padres tienen derecho de conservar las relaciones con sus hijos, es decir, mantienen la comunicación con ellos y el derecho de visitarlos.

Los deberes y derechos que tienen los padres que ejercen la Patria Potestad son establecidos por el artículo 423 del Código Civil, los cuales son:

1. Prever el mantenimiento y educación de los hijos.
2. Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y sus aptitudes.
3. Corregir moderadamente a los hijos y cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internación en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.
4. Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su educación.
5. Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su consentimiento, recurriendo a la autoridad si es necesario.

6. Representar a los hijos en los actos de la vida civil.

7. Administrar los bienes de sus hijos.

8. Usufructuar los bienes de sus hijos.

9. El sostenimiento de sus hijos o hijas mayores de 18 años que estén siguiendo con éxito una profesión u oficio, y de las solteras que no se hallen en aptitud de atender su subsistencia.

2.3.1 EXCLUSIÓN DE LOS BIENES DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS PADRES.

1. Los bienes dejados en testamento o donados a los hijos, bajo la condición de que sus padres no los administran.

2. Los bienes adquiridos por los hijos con su trabajo, profesión o industria ejercidos con el consentimiento de sus padres.

Los padres están eximidos de otorgar garantía para asegurar la responsabilidad de su administración; excepto que el juez a petición del consejo de familia, resuelva que debe otorgar la garantía por requerirlo así el interés del hijo. En este supuesto, la garantía debe asegurar:

a) El importe de los bienes muebles.

b) Las rentas que durante un año rindieran los bienes.

c) Las utilidades que durante un año pueda dejar cualquier empresa del menor.

En los primeros apartados a y b solo rige cuando los padres no tengan el usufructo de los bienes administrados.

Los padres están exonerados de rendir cuentas de su administración, sino al finiquitar esta, a menos que el juez a petición del consejo de familia resolviera lo contrario.

El hijo mayor de edad no pueda celebrar convenios con sus padres hasta que se hayan aprobado judicialmente la rendición de cuentas de su gestión, salvo que se los hubiera dispensado judicialmente, tampoco tiene efecto, si no cumple con los requisitos indicados, la herencia voluntaria o legado que el hijo deje a favor de sus padres con cargo a su tercio de libre disposición.

El saldo de la cuenta de administración legal que resulte en contra de los padres, devenga intereses legales desde un mes después de terminada la Patria Potestad, y esta obligación es solidaria si el saldo de la cuenta mencionada fuera favorable al menor hijo, solo devenga intereses desde que el menor reciba sus bienes.

2.3.2 PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES

El Licenciado Julio J. López del Cerril al respecto señala que: "Las acciones que tengan los padres o el hijo con motivo del ejercicio de la Patria Potestad, prescriben a los tres años contados desde la aprobación judicial de la cuenta final.

El padre o la madre que quieran contraer nuevo matrimonio deben pedir que se convoque al consejo de familia para que dicho consejo decida si conviene o no que sigan con la administración de los bienes de los hijos de un matrimonio anterior.

Si la resolución del consejo es que continúen con la administración legal, los nuevos cónyuges serán solidariamente responsables de dicha administración en caso contrario, el consejo de familia nombrará un curador al menor. Lo mismo se aplica a los padres del hijo extramatrimonial".⁽²²⁾

(22) Idem, pag. 133

El juez puede confiar la administración legal a un curador si los hijos menores se hayan sujetos a la Patria Potestad de uno solo de sus padres, en los siguientes casos:

a) Puede pedirlo el mismo padre e indicar la persona del curador.

b) Cuando el otro padre ha nombrado el curador en su testamento y el juez oprimara conveniente esta medida, puede designar al curador propuasto en el testamento.

2.3.3 BIENES QUE SE HALLAN FUERA DEL USUFRUCTO DE LOS PADRES

Los bienes que se hallan fuera del usufructo de los padres son:

1. Los bienes donados o dejados por testamento a los hijos, con la condición de que el usufructo no corresponda a los padres.

2. Los bienes donados o dejados por testamento a los hijos para que sus frutos sean invertidos en un fin cierto y determinado.

3. La herencia que ha pasado a los hijos por indignidad de los padres o por haber sido estos desheredados.

4. Los bienes de los hijos que les sean entregados por los padres para que ejerzan un trabajo, profesión o industria, ejercidos con asentimiento de los padres.

5. Las sumas depositadas por terceros en cuentas de ahorro a nombre de los hijos.

2.3.4 CARGAS DEL USUFRUCTO LEGAL

Los cargas del usufructo legal son:

A. Las obligaciones que pesen sobre todo usufructuario excepto de presentar garantía.

B. Los gastos de los hijos, comprendiendo, habitación, alimentos, vestimenta y asistencia medica, conforme a las posibilidades de la familia, si se trata de un hijo menor, también comprende educación, instrucción y capacitación para el trabajo.

El usufructo legal puede ser embargado por hechos o por deudas de los padres, quedando exceptuados los gastos por concepto de alimentos.

También puede trasmitir el usufructo legal por los padres, pero sin renunciar a él.

El cónyuge que ejerce la Patria Potestad después de disuelto su matrimonio, esta obligado:

A. A hacer inventario judicial de los bienes del hijo, bajo sanción.

B. De perder el usufructo legal.

C. Hasta que cumpla con la fracción del inventario, la queda prohibido contraer nuevo matrimonio.

2.3.5 CESACIÓN DEL USUFRUCTO LEGAL Y DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA DECLARACIÓN DE QUIEBRA

El padre o la madre que contraigan matrimonio sin convocar al consejo de familia, pierden la administración y el usufructo legal de los hijos menores de edad del matrimonio anterior.

Lo mismo sucede cuando se trata de hijos extramatrimoniales.

Si al ejercer la Patria Potestad se pone en peligro los bienes de los hijos menores, quien ejerce la Patria Potestad pierde la administración y el usufructo legal.

Los padres no pueden enajenar ni graver los bienes de sus hijos menores, ni contraer a nombre de esos hijos obligaciones que excedan de los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial.

Los siguientes casos necesitan autorización judicial a requerirse por los padres y a nombre del menor:

1. Arrendar sus bienes por mas de tres años.
2. Hacer participación extrajudicial.
3. Transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimientos a arbitraje.
4. Renunciar herencias, legados y donaciones.
5. Celebrar contratos de sociedad o continuar con la ya establecida.
6. Liquidar la empresa que forme parte del patrimonio del menor.
7. Dar o tomar dinero prestado.
8. Edificar excediéndose de las necesidades de la administración.
9. Aceptar donaciones, legados o herencias voluntarias con cargas.
10. Convenir en la demanda.

Acciones.- Pueden demandar la nulidad de los actos prohibidos:

- A. El hijo, dentro de los dos años siguientes a su mayoría.
- B. Los herederos del hijo, dentro de los dos años siguientes a su muerte si ocurrió antes de llegar a su mayoría de edad.
- C. El representante legal del hijo, si durante la minoridad cesa uno de los padres en la Patria Potestad, en este caso, el plazo comienza a correr desde que se opero el cese.

El dinero de propiedad del hijo menor, cualquiera que fuere su procedencia, podrá ser invertido en predios o en cédulas hipotecarias, y debe ser la inversión en condiciones

apropiadas en instituciones de crédito y a nombre del menor, ese dinero no puede ser retirado sino con autorización judicial.

2.3.6 DEBERES DE LOS HIJOS

Los hijos están obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres.

El menor, capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias siempre que sean puras y simples y esa aceptación lo es sin intervención alguna de sus padres, lo mismo para el ejercicio de los derechos estrictamente personales.

El menor que tenga mas de 16 años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos, siempre con la autorización expresa de sus padres; los menores podrán celebrar contratos relacionados con las necesidades de su vida diaria, si el acto no es autorizado ni ratificado, el menor quedara sujeto a la restitución de la suma que se hubiere convertido en su provecho, y si hubiese actuado con dolo responde el menor por los daños y perjuicios que hubiere causado a un tercero.

El menor que tiene discernimiento puede ser autorizado por sus padres a desempeñarse en alguna ocupación, trabajo, industria, oficio, en este caso, el menor puede practicar los actos requeridos por su actividad, administrar los bienes que le hubieren dejado con ese objeto o que adquiriera con producto de su actividad.

Cuando el padre o la madre tengan un interés opuesto al del hijo menor, se nombrara a esto un curador especial y el juez conferirá ese cargo al pariente del menor a quien corresponda la tutela legítima; a falta de este, el consejo de familia elegirá a otro pariente o a un extraño.

2.3.7 EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La Patria Potestad se acaba:

1. Por la muerte de los padres.
2. Por la muerte del hijo.
3. Por cesar la Incapacidad del hijo (por matrimonio, el varón 16 años de edad y la mujer 14 años de edad).
4. Por cumplir el hijo 18 años de edad.

2.3.8 PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

Por condena o pena que la produzca o por abandono del hijo durante 6 meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda el plazo de 6 meses.

2.3.9 PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Los padres pueden ser privados de la Patria Potestad:

- A. Por dar ordenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos.
- B. Por tratarlos con dureza excesiva.
- C. Por negarse a prestarles alimentos.

2.3.10 LIMITACIÓN DE LA PÉRDIDA O DE LA PRIVACIÓN

Si la conducta de los padres no bastare para producir la pérdida o la privación de la Patria Potestad, el juez puede limitar esas situaciones hasta donde el interés del hijo lo exija.

También el juez puede autorizar a los hijos menores, siempre por causas graves, para que vivan ellos separados del padre o de la madre que hubiese contraído de otra persona, debiendo el juez fijar las atribuciones del tercero.

2.3.11 SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

La suspensión se produce en los casos siguientes:

1. Por la interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil.
2. Por la ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre.
3. Cuando se comprueba que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercer la Patria Potestad.
4. Si el padre o la madre o quien se hallan conñado los hijos (en caso de separación judicial de los cónyuges) ejerce la Patria Potestad respecto de ellos; el otro queda suspendido en el ejercicio.

Cabe hacer mención de que la pérdida, privación, limitación o suspensión de la Patria Potestad, se extenderán a los hijos nacidos después que se haya declarado.

2.3.12 RESTITUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Los padres a quien se les haya privado de la Patria Potestad o limitado su ejercicio, pueden pedir su restitución cuando cesen las causas que la determinaron. La acción solo puede ser intentada transcurridos tres años de cumplida la sentencia correspondiente. El juez restituirá la Patria Potestad total o parcialmente, teniendo presente el interés del menor. De la misma manera se procederá en los casos de pérdida o suspensión.

2.4 DERECHO ARGENTINO

Entre los antecedentes de la Patria Potestad del derecho argentino, como lo señala Julio J. López Del Carril se encuentran: "La recopilación del año 1587, el fuero real, las leyes de toro y las partidas, especialmente la patria cuarta, título 17, ley 2 y el decreto de noviembre de 1829 que crea la "Defensoria de menores"; dentro de las costumbres de aquella época era de evidencia la autoridad del padre.

Después se pasó a la etapa codificadora en la cual era definida la Patria Potestad, por el Código Civil artículo 264 como:

El conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados.

Posteriormente se llegó a la ley 10.803 del año 1919, llamada de patronato de menores, la cual modificada parcialmente algunas disposiciones del Código Civil en materia de menores.

Luego se dictó la ley 11.357, en el año 1928 llamada de derechos civiles de la mujer, que modifica algunas disposiciones del Código Civil referentes a la Patria Potestad.

Finalmente se dictó la ley 23.284, del 25 de septiembre de 1985, que se refiere a la filiación y la Patria Potestad y cuya definición es la siguiente:

Art. 264 del Código Civil actual:

La Patria Potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado". (23)

En el supuesto de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, el padre o la madre que ejerza legalmente la tenencia, es el titular y tiene el ejercicio de la Patria Potestad, sin perjuicio del derecho del otro cónyuge de tener una adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación, etc.

En caso de muerte de uno de los padres, o ausencia con presunción de fallecimiento de la Patria Potestad o suspensión de su ejercicio, la titularidad y el ejercicio de la Patria Potestad corresponde al padre o madre sobreviviente.

En caso de que un hijo extramatrimonial haya sido reconocido por uno solo de sus padres, la titularidad y el ejercicio de la Patria Potestad corresponderá al padre o madre que hayan reconocido unilateralmente.

En el supuesto de que el hijo extramatrimonial haya sido reconocido conjuntamente por el padre y la madre y estos convivieren juntos, el ejercicio de la Patria Potestad le corresponderá a estos conjuntamente.

En caso de que los padres no convivieren juntos, la Patria Potestad le corresponde a aquel padre o madre que tenga la guarda en forma convencional o judicial.

En caso de que la persona que ha sido declarada en sentencia judicial, el padre o la madre del hijo, si es que el hijo no hubiese sido reconocido voluntariamente, la Patria Potestad le corresponde al padre o la madre declarados tales en la sentencia judicial.

(23) Idem, pag. 12

El artículo 265 del Código Civil dispone lo siguiente:

"Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres, tienen estas la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no solo con los bienes de sus hijos, sino con los suyos propios".

En consecuencia, son derechos y deberes de los padres:

- 1. Criar a los hijos.**
- 2. Convivir en el mismo hogar con los hijos.**
- 3. Prestarles alimentación.**
- 4. Prestarles vestimenta.**
- 5. Darles educación.**
- 6. Darles asistencia material, moral y espiritual.**
- 7. Elegir su oficio o profesión.**
- 8. Darles asistencia en las enfermedades.**
- 9. Vigilar las actividades de los hijos.**
- 10. Controlar sus amistades.**
- 11. Controlar su correspondencia.**
- 12. Prohibirle determinadas lecturas.**
- 13. Prohibirle la asistencia a determinados espectáculos.**
- 14. Determinar los programas de televisión y radiotelefonía que son aptos para la formación del menor.**
- 15. Organizar el sepelio y funeral del hijo.**
- 16. Representar al hijo en todos los actos jurídicos.**
- 17. Exigir del hijo respeto y obediencia.**
- 18. Exigir a las autoridades públicas toda la asistencia necesaria para hacer entrar a sus hijos bajo la autoridad paterna – materna.**

19. Conceder a sus hijos autorización de dejar la casa paterna.
20. Corregir a los hijos moderadamente.
21. Acusar criminalmente a los seductores o corruptores de sus hijos.
22. Acusar criminalmente a las personas que retuvieren a sus hijos.
23. Responder los padres por los daños inferidos por sus hijos menores de 10 años.
24. Tener los padres el usufructo de los bienes de sus hijos menores y sufrir sus cargas.
25. Derecho de los padres de no dar a sus hijos los medios para formar un establecimiento.
26. Derecho de los padres de no dotar a sus hijas.
27. Ejercer todas las facultades que estimen necesarias los padres para la formación material, moral y espiritual del hijo para preservarlas de cualquier peligro o desviación física, moral o espiritual que pueda influir de cualquier manera sobre la formación integral del hijo.

2.4.1 CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD

Los caracteres de la Patria Potestad se relacionan con su naturaleza jurídica. Fundamentalmente existen en la Patria Potestad las características siguientes:

Irrenunciabilidad.- Este es un carácter fundamental ya que la renuncia de los padres a la Patria Potestad importaría sustraerse al cumplimiento del deber de protección y además porque la institución de la Patria Potestad es de orden público y constituye una de las bases de la familia y es parte integrante del estado de las personas, por lo que no podría ser ampliada, ni reducida ni mucho menos ser objeto de una renuncia; es decir, los aspectos que integran la Patria Potestad son personalísimos y tampoco permiten la delegación a favor de terceros de alguna de las protecciones que comprende.

Intransmisibilidad.- La Patria Potestad pertenece al grupo de derechos familiares que son intransmisibles y por lo tanto indelegables, esto es, que la Patria Potestad es de orden público y se halla fuera del comercio.

Imprescriptibilidad.- La Patria Potestad es de orden público y no puede ser materia de convenciones ni menos de transacciones, por estos elementos tiene el carácter de imprescriptible. En consecuencia, la Patria Potestad esta fuera del comercio.

Constitucionalidad.- Otro de los caracteres de la Patria Potestad lo constituye la constitucionalidad de los derechos y deberes que la integran. Esa jerarquía abarca toda la institución.

Al respecto Julio J. López del Camil asegura que: "La Corte Suprema de Justicia de la Nación establece: La familia de sangre constituye el núcleo de toda sociedad humana bien organizada".⁽²⁴⁾

No autoriza la sustitución del vínculo de sangre por otro de creación legal, o sea, cuando exista inhabilidad de los padres para desempeñar los derechos y deberes que les corresponden, tanto por ministerio de la ley natural como de la mejor educación o bondad de los adoptantes, no pueden ser motivos suficientes para privar a los padres del derecho y obligación de criar a sus hijos conforme a su condición y fortuna.

2.4.2 LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES.

Dispona el Art. 293 del Código Civil, conforme al texto de la ley 23.264.

(24) Idcm, pag. 26

“Los padres son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su Patria Potestad, con excepción de los siguientes:

1. Los que hereden con motivo de la indignidad o desheredación de sus padres.
2. Los adquiridos por herencia, legado o donación cuando hubieran sido donados o dejados por testamento bajo la condición de que los padres no los administren. Los padres podrán administrar los bienes de sus hijos en forma conjunta o podrá administrarlos uno solo de ellos previa autorización expresa del otro.
3. Los bienes que los menores impúberes o adultos adquieran con el producto de su trabajo, empleo, profesión o industria, aunque vivan los menores hijos en la casa de sus padres.

2.4.3 PROHIBICIONES DE LOS PADRES CON RESPECTO A LOS BIENES DE LOS HIJOS.

Los padres, en ejercicio de la Patria Potestad, encuentran prohibiciones formuladas en el Art. 297 del Código Civil, ley 23.264 las prohibiciones son:

- A. Ni con autorización judicial pueden comprar para sí, ni por interpuesta persona, ni aun en remate público, bienes que pertenezcan a sus hijos.
- B. Ni constituir en cesionarios de créditos, derechos o acciones contra sus hijos.
- C. Ni hacer partición privada con sus hijos de la herencia del progenitor prefallecido.
- D. Ni de la herencia en que los hijos menores sean los hijos con sus padres coherederos o colegatarios.
- E. Ni obligar a sus hijos como fidejutores de sus padres o de terceros.

Los padres, en algunos casos, necesitan autorización judicial para desempeñar algunas tareas correspondientes a la administración de los bienes del hijo.

Estos casos son los siguientes:

A. Enajenar bienes de cualquier clase de propiedad de sus hijos.

B. Constituir sobre ellos derechos reales o transferir derechos reales que pertenezcan a sus hijos sobre bienes de terceros.

C. Para enajenar ganados de cualquier clase que fomen los establecimientos rurales.

Solo salvo aquellos casos cuya venta es permitida a los usufructuarios que tienen el usufructo de los rebaños.

Los padres usufructuarios de los rebaños pueden vender las ovejas, cameros y sus crías los corderos.

La prohibición comprende la remisión voluntaria de los derechos de sus hijos, ni hacer transacciones privadas con sus hijos de la herencia de la madre de ellos.

Los arrendamientos que los padres hagan de los bienes de sus hijos llevan implícita la condición de que acaban cuando concluya la Patria Potestad.

La administración por los padres de los bienes de propiedad de sus hijos cesa:

A. Cuando la administración sea ruinosa en cuanto al haber.

B. Ineptitud de los padres para la administración.

C. Hallarse reducidos al estado de insolvencia y concurso judicial de sus acreedores, en este aspecto existe una excepción; los padres podrán continuar con la administración de los bienes de sus hijos si los acreedores lo permiten y no embargan su persona (los bienes de su persona) y; los padres podrán continuar con la administración, siempre y cuando dieren fianza o hipoteca suficiente.

D. Por la remoción de ambos padres.

En este caso el juez nombrará un tutor especial; el cual tiene a su cargo: entregar al padre el sobrante de las rentas de los bienes de los hijos, después de satisfechos los gastos de administración y de alimentos y de educación de los hijos. La otra mitad, en las mismas condiciones, deberá entregarla a la madre removida de la administración.

Si la remoción se limita a uno de los padres, queda designado el otro como administrador, es decir, el padre o madre que no administraba.

2.4.4 USUFRUCTO LEGAL DEL PADRE Y LA MADRE

El artículo 287 del Código Civil (ley 23.26) establece:

"El padre y la madre tienen el usufructo de los bienes de sus hijos matrimoniales, o de los extramatrimoniales voluntariamente reconocidos, que estén bajo su autoridad con excepción de los siguientes:

1. Los adquiridos mediante su trabajo, empleo, profesión o industria, aunque vivan en casa de sus padres.
2. Los heredados por motivo de la indignación o desheredación de sus padres.
3. Los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador hubiera dispuesto que el usufructo correspondiera al hijo.

Definición del Usufructo.- Julio J. López del Carril señala que: "Es el derecho real de usar o gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia" (25)

(25) Ídem, pag. 87

Se debe de entender por sustancia; el conjunto de cualidades esencialmente constitutivas de los cuerpos.

Las normas aplicables al usufructo legal del padre y la madre son las mismas relativas al usufructo común como derecho real.

Las cargas del usufructo legal del padre y la madre son:

1. Las que pesan sobre todo usufructuario excepto la de afianzar.
2. Los gastos de subsistencia y educación de los hijos, en proporción a la importancia del usufructo.
3. El pago de los intereses de los capitales que vayan durante el usufructo.
4. Los gastos de enfermedad y entierro del hijo, como los de entierro y funerales de quien hubiese instituido por heredero al hijo, el Art. 292 impone que las cargas del usufructo legal son cargas reales, y a los padres por hechos o por deudas no se les puede embargar el goce del usufructo, salvo dejar la cantidad necesaria para cubrir dichas deudas o hechos.

2.4.4.1 CARACTERES DEL USUFRUCTO

- A. Universalidad.- Ya que el disfrute se extiende a todos los bienes del hijo.
- B. Irrenunciable.- Ya que integra la Patria Potestad, y esta tiene el carácter de irrenunciable.
- C. Inalienable.- Se haya fuera del comercio y no puede ser transferido, ni arrendado, ya que es uno de los elementos integrantes de la Patria Potestad, y esta es de orden público.
- D. Inembargable.- Por que las cargas del usufructo son cargas reales.

2.4.4.2 CESACIÓN DEL USUFRUCTO

La cesación del usufructo termina con el finiquito de la Patria Potestad por privación de la Patria Potestad, suspensión del ejercicio, etc.

También cesa cuando; el padre o la madre es declarado culpable en la sentencia de divorcio o cuando incurren en el incumplimiento del inventario establecido por el Art. 298 del Código Civil que impone "En los tres meses subsiguientes al fallecimiento del padre o de la madre, el sobreviviente debe hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio, y determinarse en los bienes que correspondan a los hijos, so pena de no tener el usufructo de los bienes de los hijos menores". Y en cambio se mantiene el usufructo en la privación de la administración de los bienes donados o dejados a los hijos.

2.4.5 EXTINCIÓN, PÉRDIDA Y SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La Patria Potestad se extingue:

- A. Por la muerte del padre y de la madre.
- B. Por la muerte de los hijos sujeto a la Patria Potestad.
- C. Por profesión de los padres en institutos monásticos.
- D. Por profesión de los hijos, con autorización de los padres, en institutos monásticos.
- E. Por llegar los hijos a la mayoría de edad.
- F. Por emancipación legal de los hijos.
- G. Por la adopción plena o simple de los hijos propios.

El padre o la madre quedan privados de la Patria Potestad:

1. Por ser condenados como autores, coautores, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo.

2. Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los halla abandonado, aun cuando quede bajo la guarda o sea reconocido por el otro progenitor o por un tercero.

3. Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo mediante malos tratos, ejemplos perniciosos, inconducta notoria o delincuencia.

La privación de la autoridad de los padres puede ser dejada sin efecto por el juez, cuando los padres demuestren que, por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio del interés de los hijos.

El ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido en los siguientes casos:

A. Cuando se declare judicialmente la ausencia de los padres.

B. En caso de interdicción de alguno de los padres.

C. En caso de inhabilitación de alguno de los padres.

D. En caso de que los-hijos sean entregados por sus padres a un establecimiento de protección de menores.

Consideramos que es importante el estudio de la legislación comparada, ya que gracias a ella nos podemos dar cuenta que existe cierta similitud entre las diversas legislaciones estudiadas en éste capítulo, en cuanto a la Patria Potestad, que es el tema que nos ocupa.

Nos percatamos que por lo que respecta a los derechos y obligaciones de los que ejercen la Patria Potestad son los mismos que en nuestra legislación; exceptuando la legislación

argentina, que además de señalar los mismos derechos y obligaciones que nuestra legislación, también nos señala otros como lo son: controlar las amistades, controlar su correspondencia, dotar a las hijas, etc.

Por lo que hace a la pérdida, suspensión y extinción de la Patria Potestad existe gran similitud entre todas las legislaciones anteriormente estudiadas.

CAPITULO TERCERO

LA PATRIA POTESTAD

3.1 Concepto de la Patria Potestad.

3.2 Características de la Patria Potestad.

3.3 Quienes ejercan la Patria Potestad.

3.4 Derechos y Obligaciones derivadas de la patria potestad.

3.5 Extinción, Pérdida y Suspensión de la Patria Potestad.

3.1 CONCEPTO DE LA PATRIA POTESTAD

La Patria Potestad es una institución de las más antiguas en el derecho que continuamente esté evolucionando por el transcurso del tiempo, influenciada por la civilización, de acuerdo con la época y nación en que nos situemos, ha ido desarrollándose en forma tal, que en la actualidad no se conoce igual que en sus principios; ya no es un derecho concedido al padre en su propio beneficio, sino que ahora por el contrario, es una institución establecida en beneficio del hijo, pero con las variaciones de cada autor y de acuerdo con la legislación vigente de cada país.

Rafael Rojina Villegas dice "Que en la Patria Potestad los padres ejercen el mayor tipo de interferencia respectivamente sobre la persona, la conducta, la actividad jurídica y el patrimonio de sus hijos y este dura sólo el tiempo de la minoría de los menores".⁽²⁶⁾

Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez conceptúan a la Patria Potestad como "Conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y representen a sus hijos desde su nacimiento hasta su mayoría de edad o la emancipación así como para que administran sus bienes en tal periodo".⁽²⁷⁾

Daniel Hugo D'Antonio define a la Patria Potestad como "Un complejo funcional de derechos y deberes, reflejo de la filiación, que corresponde a los padres respecto de cada uno de sus hijos en tanto estos permanezcan en estado de minoridad o no se hayan emancipado, y que reconoce como finalidad lograr el pleno desarrollo personal de los hijos".⁽²⁸⁾

(26) ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Editorial Porrúa, S.A. México 1975, pag. 73

(27) BAQUEIRO ROJAS EDGAR Y BUENROSTRO BAEZ ROSALIA, Derecho de familia y Sucesiones, Editorial Harla, México 1990, pag. 227

(28) HUGO D'ANTONIO DANIEL, op. cit., pag. 30

Julio J. López del Carril conceptúa a la Patria Potestad como; "el conjunto de deberes y derechos naturales y sociales reconocidos por las leyes, que competen a los padres sobre cada uno de los hijos menores de edad y mientras éstos no se hayan emancipado u obtenido habilitación". (29)

En las definiciones anteriormente expuestas, podemos observar que sólo se faculta al padre y a la madre para ejercer la Patria Potestad; sin embargo en nuestra ley se faculta no sólo a los padres sino que también a los demás ascendientes en suplencia de los padres.

También se puede ver que afortunadamente ya se faculta al padre y a la madre para el ejercicio de la Patria Potestad y no solamente al padre como en sus inicios, además no se considera como un poder absoluto en beneficio del padre, sino que lleva consigo derechos y obligaciones a cargo de quienes la ejercen y principalmente en beneficio de los menores sujetos a ella.

Existen otras definiciones de la Patria Potestad, que a nuestro criterio son mas acertadas, y son las siguientes:

Ignacio Galindo Garfias define a la Patria Potestad diciendo: "Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea civil)". (30)

(29) LOPEZ DEL CARRIL JULIO J. op. cit., pag 6

(30) GALINDO GARFIAS IGNACIO, op. cit., pag. 69

Por otro lado Rafael De Pine conceptúa a ésta institución de la siguiente manera: "Conjunto de facultades que suponen también deberes conferidas a quienes la ejercen, padres, abuelos, adoptantes, según los casos, destinados a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes".⁽³¹⁾

Sara Montero Duhalt define a la Patria Potestad señalando que "Es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad".⁽³²⁾

Antonio de Ibarrola, al respecto señala que: "La Patria Potestad comprende una serie de derechos y de obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos".⁽³³⁾

Las definiciones anteriores, nos parecen más acertadas al enunciar que la Patria potestad la ejerce tanto los progenitores y en su caso, los ascendientes, así como también hace referencia a que las personas que la ejercan, lo hacen tanto sobre la persona del menor como en sus bienes.

(31) PINA VARA RAFAEL DE, *Diccionario de Derecho*, decimosexta edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1989, pag. 381

(32) MONTERO DUHALT SARA, *Derecho de Familia*, cuarta edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1990, pag. 339.

(33) IBARROLA ANTONIO DE, *Derecho de Familia*, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1981, pag. 441.

Existen infinidad de conceptos sobre la Patria Potestad, algunas, sólo especifican que la Patria Potestad se integra de un conjunto de derechos y deberes y no dan un concepto claro de lo que es realmente y algunas otras carecen de la finalidad que tiene esta institución.

En nuestro Derecho no existe ninguna ley o artículo que especifique claramente o conceptúe a la Patria Potestad. Sin embargo, nuestro Código Civil para el Distrito Federal nos señala lo siguiente:

Artículo 411. - En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición.

Artículo 412. - Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la Patria Potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.

Artículo 413. - La Patria Potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley Sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

Artículo 414. - La Patria Potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la Patria Potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

El nombre de "Patria Potestad" como nos lo señala Sara Montero Duhal, "responde sólo a la fuerza de la tradición, más no al espíritu de ésta institución, ya que no es "Patria" ni es

"Potestad". Patria Potestad significó el poder del padre y los datos históricos confirman la correspondencia de esa terminología con lo que sucedió en épocas pretéritas en las que, efectivamente, la organización familiar se sustentaba sobre el poder del padre, que era ejercitado no sólo sobre sus descendientes, sino sobre todo el grupo que componía en otros tiempos el núcleo familiar".⁽³⁴⁾

En la actualidad la Patria Potestad dejó de ser "Patria" porque no es exclusiva del padre, sino por el contrario, se comparte por igual con la madre, o es ejercida por ella sola o por otros ascendientes; y tampoco es "Potestad" que significa poder ya que ésta institución no otorga poder a los que la ejercen.

La definición que consideramos más acertada, según nuestro criterio es la de Sara Montero Duhalit "La Patria Potestad es la institución derivada de la filiación que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad".

Sin embargo nos permitimos dar una definición de Patria Potestad de acuerdo a nuestro criterio.

"La Patria Potestad es el conjunto de derechos y obligaciones concedidas legalmente a los ascendientes con respecto a sus hijos menores de edad no emancipados tanto en su persona como en sus bienes".

(34) MONTERO DUHALT SARA, op. cit., pág. 340

3.2 CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD

Es importante determinar las características de la Patria Potestad, por que gracias a éstas la podemos diferenciar de otras instituciones con la finalidad de tener una idea más clara de lo que es la institución de la Patria Potestad.

Las características de la Patria Potestad son las siguientes:

- a) Es un cargo de interés público
- b) Es irrenunciable
- c) Es intransferible
- d) Es imprescriptible
- e) Temporal
- f) Excusable

a) Cargo de Interés Público

El conjunto de deberes y derechos que componen la institución de la Patria Potestad se considera de interés público por ser establecida por la ley como un cargo irrenunciable.

Sara Montero Duhalt nos señala al respecto que "La actitud de proteger, velar, educar y mirar por el interés y el bienestar de los hijos es en buena medida derivada de la naturaleza misma. La mayor parte de los progenitores, los padres y, sobre todo las madres, asumen sus responsabilidades como tales en forma no sólo espontánea, sino amorosamente entregada al bienestar del hijo. La protección a los críos es en buena medida natural, forma parte del instinto de conservación extendido ya no sólo al individuo sino a la especie misma.

La vida es el valor por excelencia, sustento de todos los demás que configuran el sentido de la existencia humana. 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 conductas de interés público.

La Patria Potestad es la institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras éstos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse a sí mismos".⁽³⁵⁾

b) Irrenunciable

El artículo 440 del Código Civil para el Distrito Federal señala: "La Patria Potestad no es renunciabile".

Sólo puedan renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público y la Patria Potestad tiene un significado de interés público, por ello se le considera irrenunciabile, pues implica el cumplimiento de ciertas responsabilidades primordiales para los menores.

c) Intransferible

Casi todas las relaciones de carácter familiar son de carácter personalísimo, como lo es la Patria Potestad, por ello no puede ser objeto de comercio, no puede transferirse por ningún título ya sea gratuito u oneroso. Salvo en el caso de la adopción que es la única forma de transmitir la Patria Potestad.

(35) Idem, pag. 341

d) Imprescriptible

La Patria Potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción. Los que están obligados a desempeñarla y no lo hacen, no pierden por ello su obligación ni su derecho al ejercicio de ésta; o por ejemplo una persona sin ser ascendiente de un menor, lo protege y representa, no adquiere, por el transcurso del tiempo la Patria Potestad. Esta corresponde únicamente a quien señala la ley, ya sean los padres o los abuelos.

e) Temporal

Es temporal porque sólo se ejerce sobre los menores de edad no emancipados mientras dura su minoría o hasta que contraigan matrimonio antes de la mayoría de edad.

f) Excusable

Es excusable porque la ley permite en ciertas circunstancias, que los que ejercen la Patria Potestad o los que tengan que entrar al ejercicio de la misma, se excusen de cumplirla.

Tales circunstancias son señaladas por el artículo 448 del Código Civil y son las siguientes:

- I. Cuando tengan 60 años cumplidos;
- II. Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño.

La excusa, de acuerdo con las circunstancias señaladas, es una facultad que otorga la ley, pero no es un deber, esto es, los padres o abuelos, aunque rebasen la edad de 60 años o su salud sea habitualmente precaria, pueden continuar ejerciendo la Patria Potestad si su desempeño es benéfico para el descendiente.

3.3 QUIENES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD

Para abordar este tema es necesario hacer una distinción entre los sujetos activos y los sujetos pasivos de la Patria Potestad.

Los sujetos activos de la Patria Potestad son las personas que deben de desempeñar el cargo; es decir, el padre y la madre, ya sea conjuntamente o por separado; los abuelos paternos o maternos, también conjuntamente o uno sólo de cada pareja.

Los sujetos pasivos de la Patria Potestad son las personas en las cuales recae el cumplimiento de ésta, esto es, son únicamente los hijos o nietos menores de edad no emancipados.

Al respecto, el artículo 414 establece lo siguiente:

La Patria Potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la Patria Potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Además ya no existe preferencia por los abuelos paternos sobre los maternos. Ahora se le da preferencia de entre ellos a los que brindan mejor condición de vida al menor.

Para los hijos habidos fuera de matrimonio se observará lo siguiente:

Si ambos progenitores han reconocido y viven juntos, ejercerán conjuntamente la Patria Potestad. Si sólo uno ha reconocido o por cualquier circunstancia deja de ejercerla alguno de los padres que ha reconocido, la ejercerá el otro. Si los hijos nacidos fuera de matrimonio no

han sido reconocidos por ninguno de los progenitores y si no ha habido sentencia que establezca la filiación, los hijos se considerarán de padres desconocidos, y se les proveerá de un tutor dativo.

En caso del hijo adoptivo, la Patria Potestad la ejercerá únicamente la persona o personas que lo adopten".⁽³⁶⁾

Para tener una mayor claridad al respecto, analizaremos el Código Civil antes de sus últimas reformas sobre el tema que nos ocupa y que es la Patria Potestad, para después pasar a analizar sus atinadas reformas.

Artículo 414. - La Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- I. Por el padre y la madre.
- II. Por el abuelo y la abuela paternos.
- III. Por el abuelo y la abuela maternos.

Artículo 420. - Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la Patria Potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quien corresponde ejercer la Patria Potestad, la que quede continuará en el ejercicio de este derecho.

Nos podamos dar cuenta en los artículos transcritos anteriormente, que se considera que el hombre y la mujer carecían de igualdad, pues se le daba preferencia a la familia del hombre que a la de la mujer y eso no es de aceptarse, pues en la actualidad, tanto el hombre como la mujer han alcanzado igualdad jurídica.

En el caso de los hijos nacidos fuera del matrimonio, señalaba lo siguiente:

(36) Idem, pag. 376

Artículo 415. – Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la Patria Potestad.

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

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

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

En los artículos anteriores, se indica sobre quienes recaerá la custodia de los menores hijos nacidos fuera del matrimonio, se sobre entiende que ambos progenitores ejercerán la Patria Potestad, ya que esta es irrenunciable.

Por lo que hace al ejercicio de la Patria Potestad sobre el hijo adoptivo, el artículo 419 nos dice: La Patria Potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerá únicamente las personas que lo adopten.

Ahora bien, pasaremos a analizar los preceptos legales vigentes establecidos al respecto.

El artículo 414 señala lo siguiente con referencia a quienes ejercen la Patria Potestad:

"La Patria Potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la Patria Potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso".

Este precepto hace referencia que los padres ejercen la Patria Potestad sobre sus hijos ya sea conjuntamente o sólo uno de ellos. Por ascendientes en segundo grado, se entiende que son los abuelos, ya sean maternos o paternos dependiendo la determinación del juez familiar. De acuerdo a las circunstancias de cada caso, el juez de lo familiar tendrá preferencia por los abuelos ya sean paternos o maternos que le puedan brindar una mejor vida al menor para su buen desarrollo físico y mental.

Artículo 416. - "En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público.

En este supuesto con base en el interés superior del menor, éste quedara bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

Este artículo nos señala que cuando los padres se encuentran separados, ambos ejercerán la Patria Potestad de común acuerdo; esto nos indica que en este caso se refiere al divorcio voluntario ya que en él existe un convenio en el cual los cónyuges expresan de común

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

acuerdo lo relativo a sus descendientes menores de edad y se ponen de acuerdo para designar quien de los dos tendrá bajo su cuidado y custodia a sus menores hijos.

Artículo 420. - "Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la Patria Potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si solo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la Patria Potestad, la que quede continuara en el ejercicio de ese derecho".

En este artículo se nos demuestra a quien corresponderá el ejercicio de la Patria Potestad en caso de que los padres fallecieran, ya sea ambos o uno solo.

En el caso de hijos adoptivos nuestra legislación nos señala lo siguiente:

Con respecto a la adopción simple:

Artículo 402.-Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción simple, así como el parentesco que de ella resulte se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos del matrimonio, respecto de los cuales se observará lo que dispone el artículo 157.

Artículo 403. - Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción simple, excepto la Patria Potestad, que será transferida al adoptante, salvo que, en su caso, esté casado con alguno de los progenitores del adoptado porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges.

Artículo 404. - La adopción simple podrá convertirse en plena, debiendo obtenerse el consentimiento del adoptado, si éste hubiere cumplido doce años. Si fuere menor de esa edad se requiere el consentimiento de quien hubiese consentido en la adopción, siempre y cuando

sea posible obtenerlo de lo contrario el juez deberá resolver atendiendo al interés superior del menor.

La adopción simple puede revocarse en los siguientes casos:

- I.- Cuando las dos partes convengan en ello.
- II.- Por ingratitud del adoptado.
- III.- Si el adoptado rehusa a dar alimentos al adoptante que ha caído en la pobreza.

Artículo 419. - La Patria Potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.

En cuanto a la adopción plena el Código Civil establece:

Artículo 410-A. - El adoptado bajo la forma de adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo y debe llevar los apellidos del adoptante o adoptantes.

La adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resultan de la filiación consanguínea.

La adopción plena es irrevocable.

Para que la adopción plena produzca sus efectos, deberá otorgar su consentimiento el padre o madre del menor que se pretenda adoptar, salvo que exista al respecto declaración judicial de abandono.

En conclusión, podemos afirmar que en este caso, podrán ejercer la Patria Potestad sobre el hijo adoptivo:

El padre y la madre adoptivos a falta de éstos serán los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez; ya que los hijos adoptivos adquirirán todos los derechos y obligaciones, incluso llevar los apellidos de los adoptantes de los hijos consanguíneos.

3.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA PATRIA POTESTAD

Primeramente en este punto, haremos mención de los derechos y obligaciones que tienen las personas que ejercen la Patria Potestad.

En el Código Civil, en su artículo 411 nos señala "En la relación entre ascendiente y descendiente debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición".

Lo señalado en tal precepto es una obligación a cargo no sólo de las personas que ejercen la Patria Potestad, sino que también para los menores de edad que son las personas sometidas a la Patria Potestad.

No sólo los descendientes deben respetar y honrar a sus ascendientes, sino que también los ascendientes deben de respetar a sus descendientes por ser una obligación más que

jurídica, moral; la cual no se extingue aún cuando ya no se ejerza ni se esté sometido a la Patria Potestad.

Por lo que respecta a los deberes que confiere el ejercicio de la Patria Potestad a los ascendientes, encontramos en primer lugar el de la guarda, que consiste en la facultad que tienen las personas que la ejercen de cuidar y proteger los actos del menor, imponiendo correlativamente la obligación a los hijos sujetos a ella, a obedecer y permanecer en la casa de quien ejerce tal autoridad concedida, que es lo consagrado en el artículo 421 del Código Civil que nos dice "Mientras estuviere el hijo en la Patria Potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente".

En el artículo anterior existen dos excepciones que son las siguientes:

I. Con permiso del padre: este caso se presenta cuando por razones de estudio, trabajo, enfermedad, etc., el hijo se ve en la necesidad de dejar la casa paterna que conforme a la ley es su domicilio legal.

II. Con permiso de la autoridad competente: esto es cuando la autoridad tiene fundadamente que está en peligro la seguridad o moralidad del menor, ya sea porque recibe éste malos tratos o pésimos ejemplos. Igualmente se presenta éste supuesto, cuando el que ejerce la Patria Potestad retiene al menor impidiéndole injustamente dedicarse a una profesión, trabajo, oficio honesto. Los padres o ascendientes necesitan de éste derecho de guarda para poder cumplir satisfactoriamente sus deberes de educación y corrección sobre los hijos.

Los hijos que sin permiso de las personas que ejercen la Patria Potestad o sin autorización judicial, abandonen su domicilio, quienes ejercen la Patria Potestad pueden dirigirse a la autoridad para hacerlos volver al hogar y aún en caso necesario utilizar la fuerza pública.

Al respecto Rosalía Buenrostro Báez y Edgar Bequeiro Rojas señalan acerca de la guarda lo siguiente: "Cuando el menor no pueda dejar la casa sin permiso del progenitor".⁽³⁷⁾

De todo lo anterior se desprende que los padres tienen la dirección general de los hijos menores de edad no emancipados, quienes quedan obligados a vivir con ellos; si se escapan se les hará regresar a su domicilio legal.

Una de las obligaciones primordiales que impone la ley a quienes ejerzan la Patria Potestad, es la educación.

Esta se encuentra establecida en el artículo 422 del Código Civil, el cual señala: "A las personas que tienen al menor bajo su Patria Potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Quando llegue a conocimiento de los consejos locales de tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda".

El deber de educación se puede dividir en dos aspectos:

El primero contendría los principios de buena crianza, de moralidad o urbanidad que indiscutiblemente deben tener todos los menores para ser personas honestas y útiles a la sociedad.

El segundo aspecto abarcaría la instrucción, comprendiendo ésta la enseñanza primaria y secundaria indispensables en nuestra época y obligatoria para todos los menores

(37) BAQUEIRO ROJAS EDGAR Y BUENROSTRO BAEZ ROSALIA, op. cit., pag. 230

prolongándose hasta proporcionar al menor un oficio u ocupación, estimularlo en algún arte o carrera, según las posibilidades de los padres y aptitudes del menor.

Sara Montero Duhalt nos señala que "El deber de educación es parte de los alimentos; se determina que la educación mínima debe ser la primaria y la preparación para que el menor pueda tener un medio de trabajo para bastarse a sí mismo".⁽³⁸⁾

A diferencia de lo anotado en el capítulo primero de este trabajo de tesis, respecto a la educación de los menores; ya en nuestra época será el menor de acuerdo con sus aptitudes el que pueda elegir que carrera, arte u oficio seguirá, y no él que elija la persona o personas que ejercen la Patria Potestad.

La obligación de proporcionar una educación primaria y secundaria se encuentra consignada en la constitución en su artículo tercero que dice "Todo individuo tiene derecho a recibir educación, el Estado, Federación y municipios, impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación primaria y la secundaria son obligatorias".

También establece el artículo 308 del Código Civil que "Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales".

La obligación de dar alimentos a quienes están sujetos a la Patria Potestad no nace a consecuencia de la institución a que se hace referencia sino que dicha obligación tiene su fuente en el parentesco y que aún personas que no ejercen la Patria Potestad estén obligados a darlos.

(38) MONTERO DUHALT SARA, op. cit., pag. 347

Lo anterior se desprende de los artículos 303 que dice "Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.

Artículo 307. – "El adoptante y el adoptado tienen la obligación de darse alimentos en los casos en que la tienen el padre y los hijos".

Cuando llegue al conocimiento de una persona que un menor no recibe la educación conveniente por quienes ejercen la Patria Potestad, debe darse aviso de inmediato a los Consejos Locales de Tutela a fin de que éstos avisen al Ministerio Público para que promuevan lo que estime pertinente, ante el juez de primera instancia del lugar, a fin de que el menor reciba la educación correspondiente. Lo anterior se desprende del párrafo segundo del artículo 422 del Código Civil.

Por lo que hace al deber de educación, debemos resaltar la importancia tan extraordinaria de este problema, porque la sociedad esta vivamente interesada en los padres, en los hijos y en general sobre las personas que ejercen la autoridad de que están investidos por la Patria Potestad, para que impartan toda clase de consejos y de ayuda moral a los menores, para mantener el equilibrio y bienestar de la familia, que es donde esta el cimiento de la sociedad y del Estado, ya que vivimos en una época en extremo materialista, en la que los valores morales al parecer han sido relegados a un segundo termino.

Nuestra legislación no establezca en que forma debe llevarse a cabo esa educación, pero se entienda que debe ser de acuerdo con los principios morales, conforme a las buenas costumbres y grado de civilización del pueblo o comunidad y será el juzgador cuando conozca el caso particular, el que decida si las personas han o no cumplido debidamente con la obligación de educar a los menores.

En el derecho romano no se estableció ninguna obligación a quienes ejercían la autoridad paterfamilias para educar a las personas que estaban bajo su cuidado y sólo se empezó a reglamentar en la época actual.

José Castan Tobeñas nos dice al respecto: "En cuanto al deber de dar instrucción a los hijos, está en parte sancionado por las prescripciones de la ley de instrucción pública de 1857, que declara obligatoria la enseñanza elemental y hace responsable a los padres del cumplimiento de esta obligación".⁽³⁹⁾

Una de las facultades que el Código Civil reconoce a favor de quienes ejercen la Patria Potestad, es la de corregir y castigar prudentemente a los menores que se encuentren bajo su cuidado.

Artículo 423. – Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la Patria Potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 de este Código.

Esta facultad concedida por la ley no debe tomarse únicamente como tal, sino que es igualmente una obligación impuesta a quienes ejercen la Patria Potestad, ya que el poder de corrección a que se refiere nuestra legislación se hace con el propósito de que se pueda cumplir eficazmente la obligación de educar a los menores convenientemente y para hacerlos acatar las determinaciones de sus ascendientes que están en el ejercicio de este derecho.

(39) CASTAN TOBEÑAS JOSE, Derecho Civil Español común y foral, sexta edición, Tomo IV, instituto editorial Reus, Madrid España 1944, pag. 42

El derecho de corrección en el ejercicio de la Patria Potestad no es limitado ya que nuestra legislación no permite que ésta corrección llegue a los extremos de causar algún daño físico o mental a los menores sujetos a la Patria Potestad.

Además por medio del Código Penal se castiga a quienes se excedan en el ejercicio de este derecho; lo anterior se desprende de los lineamientos seguidos por dicho Código.

Artículo 295 del Código Penal. – Al que ejerciendo la Patria Potestad o la tutela, infliera 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.

Al respecto Sara Montero Duhalt expresa: "Anteriormente el artículo 423 señalaba: los que ejercen la Patria Potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente; suprimida la facultad de castigar que otorgaba anteriormente el Código Civil en el ejercicio de la Patria Potestad las lesiones que los padres o abuelos inflieran a sus hijos o nietos ya no corresponderán al ejercicio de su derecho".⁽⁴⁰⁾

Rafael de Pina menciona al respecto que "los que ejercen la Patria Potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos moderadamente, debiendo las autoridades, en caso necesario, auxiliarles para este efecto, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna.

La moderación a que se hace referencia en relación con la facultad de corrección y castigo de los hijos, significa que en ningún caso esta autorizada con exceso, de lo que en el orden natural de la conducta humana, puede presumirse de quienes ejercen la Patria Potestad".⁽⁴¹⁾

(40) MONTERO DUHALT SARA, op. cit., pag. 348

(41) PINA VARA RAFAEL DE, op. cit., pag. 378

Por lo que hace a la obligación de la administración de los bienes de los que están sujetos a la Patria Potestad, podemos señalar lo siguiente:

La administración de los bienes que el sujeto a la Patria Potestad adquiere por cualquier título que no sea su trabajo, corresponde a las personas que la ejerzan, así como también representan al menor en juicio.

Al respecto el Código Civil hace alusión a este tema en los siguientes artículos:

Artículo 425. – 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.

Los menores de edad que se encuentren sujetos a la Patria Potestad no pueden comparecer en juicio para sí solos, ya que carecen de capacidad jurídica o de ejercicio, es por ello que sus ascendientes que ejerzan la Patria Potestad los representaran en todos los actos civiles; por lo tanto, tienen la administración de sus bienes siempre y cuando no exista alguna restricción para ello señalada por la ley.

Artículo 426. – Cuando la Patria Potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado, por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todo los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

Artículo 427. – La persona que ejerza la Patria Potestad representará también a los hijos en juicio, pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

En cuanto a la clasificación de los bienes de los hijos menores de edad, el Código Civil señala:

Artículo 428. – Los bienes del hijo, mientras esté en la Patria Potestad, se dividen en dos clases:

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

Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad al hijo; así como también su administración estará a cargo de él mismo y el usufructo, de igual forma le pertenece al menor hijo.

En los bienes de la segunda clase; la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecen al hijo; y la otra mitad del usufructo y la administración de éstos bienes le corresponden a las personas que están en el ejercicio de la Patria Potestad.

Sin embargo, cuando los hijos adquieran bienes por herencia, donación o legado 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 por el testador o donante.

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

Cuando ésta renuncia se hace a favor del hijo, se considerará 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 corresponda al hijo,

pertenece a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la Patria Potestad.

Artículo 434. – El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la Patria Potestad, lleva consigo las obligaciones impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los siguientes casos:

- I. Cuando los que ejerzan la Patria Potestad han sido declarados en quiebra o estén concursados.
- II. Cuando contraigan ulteriores nupcias.
- III. Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

Quando el hijo tenga la administración de los bienes, ya sea por ley o porque el padre voluntariamente se la entrego por considerar al hijo apto para ello, éste será considerado respecto de la administración emancipado.

Artículo 436. – Los que ejercen la Patria Potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez competente.

Tampoco podrán celebrar contrato 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 de que se cotee en la plaza el día de la venta, hacer donaciones de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos.

Artículo 437. – Siempre que el juez conceda licencia a los que ejerzan la Patria Potestad para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomarán las

medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca a favor del menor.

Artículo 438. – 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.

Las personas que ejercen la Patria Potestad deben de rendir cuentas de su administración con la finalidad de que por el mal manejo de la administración, se derrochen o se disminuyan considerablemente los bienes del menor.

Además si existiera un interés opuesto al de los hijos por parte de quienes ejerzan la Patria Potestad, el menor de edad será representado en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez competente.

Cuando los hijos lleguen a la mayoría de edad o cuando se emancipan, las personas que ejercen la Patria Potestad entregarán los bienes y sus frutos a los hijos ya que éstos bienes son de su propiedad.

Respecto a los sometidos a la Patria Potestad, tienen las siguientes obligaciones:

Artículo 411. – "En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición".

Se considera que no sólo los ascendientes deben de respetar a sus descendientes, sino también los hijos deben considerar y respetar a sus ascendientes ya que se considera una necesidad para el buen desarrollo de los hijos.

Artículo 421. – “Mientras estuviere el hijo en la Patria Potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente”.

Los hijos tienen la obligación de permanecer en la casa de los que ejerzan la Patria Potestad con la finalidad de ser educados convenientemente y para ello los que ejerzan la Patria Potestad podrán corregirlos moderadamente.

Artículo 424. – El que ésta 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.

Estos preceptos tienden a evitar los daños que la inexperiencia de quienes se encuentran sometidos a los efectos de esta institución podría ocasionarle si pudiese dejar su hogar sin autorización y consejo debidos a contraer obligaciones de cualquier género que pudiesen comprometer gravemente su patrimonio.

Después de estudiar este punto, podemos concluir diciendo que las únicas facultades que tienen los que ejercen la Patria Potestad es el de corregir a sus hijos menores de edad y la mitad del usufructo de los bienes que la ley señala, y que son propiedad del menor.

Por lo que se refiere a la educación, alimentos, administración de los bienes y representación de los menores, representan únicamente una obligación que les es impuesta por la ley con la finalidad de que los menores de edad tengan un buen desarrollo físico y mental.

3.5 EXTINCION, PERDIDA Y SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD

En este punto del presente capítulo estudiaremos la extinción, pérdida y suspensión de la Patria Potestad, siguiendo la idea de Ricardo Couto que nos señala al respecto: "La Patria Potestad se extingue o acaba, cuando carece en absoluto de razón de ser, y se suspende cuando de modo temporal es privado de su ejercicio el que la tenía".⁽⁴²⁾

Cuando la Patria Potestad se extingue o se acaba, la ley misma pone fin a la institución en sí, por realizarse determinados acontecimientos naturales que impiden que se cumpla con las finalidades para la cual fue creada la misma.

Se pierde la Patria Potestad cuando por motivos en que aparece culpabilidad del titular, en el cumplimiento de sus deberes, dispone la ley su privación. Como lo señala Sara Montero Duhalt "por sentencia que declare la pérdida de la Patria Potestad se extingue totalmente para quien la ejerce, pero si existen otras personas de las mencionadas por la ley (padres o abuelos), que puedan ejercerla, entonces el menor seguirá sujeto a esta institución pero a cargo de otra persona".⁽⁴³⁾

El Código Civil nos señala al respecto:

Artículo 443. - "La Patria Potestad se acaba:

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

(42) COUTO RICARDO, *op. cit.*, pag. 326

(43) MONTERO DUHALT SARA, *op. cit.*, pag. 352

EN EL SUPUESTO DE LA MUERTE DEL QUE LA EJERCE

Si no hay otra persona en quien recaiga, nadie más podrá ejercer la Patria Potestad, aunque el hijo siga siendo menor de edad, pero se le nombrará un tutor para que cuide de él y de sus bienes hasta que alcance la mayoría de edad o hasta que sea emancipado.

En este aspecto se considera que también debería de contemplarse el supuesto de "cuando el hijo menor de edad sujeto a la Patria Potestad muera" porque se considera un modo de extinción natural de la Patria Potestad como en otras legislaciones se contempla.

Ignacio Galindo Garfias señala que "La Patria Potestad se puede extinguir o se puede acabar o simplemente suspender, pero jamás renunciar".⁽⁴⁴⁾

Cuando los padres hayan fallecido y los ascendientes en segundo grado les corresponde ejercer la Patria Potestad pero su estado de salud no es buena, se pueden excusar conforme al artículo 448 del Código Civil, el cual señala "La Patria Potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I. Cuando tengan 60 años cumplidos;
- II. Cuando por mal estado habitual de salud no pueden atender debidamente a su desempeño.

EN CASO DE EMANCIPACION DERIVADA DEL MATRIMONIO

Entre los acontecimientos voluntarios por los que se extingue el ejercicio de la Patria Potestad, sería la emancipación, se dice voluntaria, tomando en consideración la voluntad del emancipado.

(44) GALINDO GARFIAS IGNACIO, *op. cit.*, pag. 687

Siendo la emancipación el acto mediante el cual se libera a un menor de edad de la Patria Potestad o de la tutela, teniendo éste la libre administración de su persona y bienes pero con las restricciones que la misma ley le impone siendo esta irrevocable; entendida de este modo la emancipación puede ser expresa, tácita o forzosa.

Será expresa, por quien ejerce la Patria Potestad con consentimiento del menor ante el juez competente, se solicita que se declare emancipado al hijo, previos requisitos del Código Civil vigente.

Será tácita, cuando quien ejerce la Patria Potestad otorga el consentimiento, para que su hijo menor de edad contraiga matrimonio, y por el hecho del matrimonio, automáticamente surte efectos la emancipación.

Ahora bien, Rafael Rojina Villegas dice "La emancipación le interesa tanto al Derecho de las personas como al Derecho de familia. Respecto del primero determina una semicapacidad de goce en el menor emancipado dado que conforme al artículo 643 del Código Civil, éste tiene libre administración de sus bienes, con las restricciones que el propio precepto señala para contraer matrimonio, enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces y comparecer en juicio como actor o como demandado. Al Derecho de familia le interesa también la emancipación, por cuanto que de acuerdo con el 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. "Es decir el estado de emancipación se presenta en este caso como consecuencia del matrimonio del menor emancipado".⁽⁴⁵⁾

Otra opinión al respecto es la de Sara Montero Duheit que dice: "La emancipación por matrimonio, significa que el menor de edad que se casa, sale de la Patria Potestad, si su

(45) ROJINA VILLEGAS RAFAEL, op. cit. Pág. 128

matrimonio se extingue persistiendo, la minoría de edad del cónyuge, no regresará a la Patria Potestad, sino que se le considera emancipado".⁽⁴⁶⁾

Los efectos de la extinción de la Patria Potestad, por la emancipación serían:

- I. En relación con la persona del menor quedaría libre de la autoridad paterna.
- II. Tendrá que pedir autorización mientras no cumpla dieciocho años, para contraer nupcias y para cualquier negocio judicial.

Al respecto aseguran Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez "En nuestra legislación civil, el emancipado aunque tenga la libre administración de sus bienes, mientras sea menor necesitará:

- a) Autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de sus bienes raíces, y
- b) Tutor para los negocios Judiciales".⁽⁴⁷⁾

EL CUMPLIMIENTO DE LA MAYORIA DE EDAD DE LOS HIJOS

Otro acontecimiento natural al que ya se hizo mención es la mayoría de edad del hijo, que será a los dieciocho años cumplido, así lo estipula el artículo 646 del Código Civil.

Artículo 646. - "La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos".

Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez señalan: "La mayoría de edad se obtiene al cumplirse los 18 años. Al llegar a ella el menor adquiere la plena capacidad para el

(46) MONTERO DUHALT SARA, op. cit., pag. 354

(47) BAQUEIRO ROJAS EDGAR Y BUENROSTRO BAEZ ROSALIA, op. cit., pag. 223

ejercicio de sus derechos y uso y disposición de todos sus bienes, terminando así la Patria Potestad".⁽⁴⁵⁾

Artículo 647. – "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes".

La mayoría de edad le interesa tanto al derecho de personas como al derecho de familia.

En el derecho de personas, el artículo 24 del Código Civil previene: El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes salvo las limitaciones que establece la ley.

La mayoría de edad determina una plena capacidad de ejercicio en el sujeto antes incapacitado por minoría de edad y, además, le permite disponer libremente de su persona y de sus bienes.

Estas dos posibilidades vienen a determinar consecuencias importantes en el derecho de familia y en el derecho patrimonial en general, tanto en derecho civil, mercantil, obrero y agrario.

Concretándonos al derecho de familia tenemos las siguientes consecuencias:

- a) Para contraer matrimonio los mayores de edad no necesitan consentimiento de los padres.
- b) Para los contratos de sociedad conyugal o separación de bienes ejecutados por mayores de edad, no se requiere la intervención de sus padres o ascendientes.
- c) Para el reconocimiento de un hijo.
- d) Para la adopción.

(48) Ídem, pag. 223

SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD

Seguendo la idea de Couto que nos dice: "La Patria Potestad.....se suspende, cuando de un modo temporal es privado de su ejercicio el que la tenía".⁽⁴⁹⁾

Por lo tanto en nuestra legislación puede suspenderse la Patria Potestad por tres causas, que son enumeradas en el Código Civil, en el artículo 447.

Artículo 447. – "La Patria Potestad se suspende:

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

Hay que hacer notar la diferencia que existe entre pérdida y suspensión, ya que fundándose en ella puede hacerse la diferencia que existe entre ambas.

En casos de pérdida de la Patria Potestad, no se previenen que la persona que haya sido privada de ella, pueda recuperarla.

Ahora bien, en los casos de suspensión, si se presume que el ascendiente que haya sido condenado a tal suspensión, pueda recuperarla y siempre su tiempo de duración será temporal, es decir, perdurará hasta que desaparezca la causa que dio origen.

Quien fue suspendido en el ejercicio de la Patria Potestad, la recuperará íntegramente y la ejercerá como si nunca lo hubiera hecho, o sea, aceptando los acontecimientos tal como se le presenten, no pretendiendo que sean iguales a como él los dejó.

(49) COUTO RICARDO, op. cit., pag. 326

La primera fracción del artículo 447 dice: "La Patria Potestad se suspende: I. Por incapacidad declarada judicialmente". Esto es, toda persona que estando en ejercicio de la Patria Potestad y que por sentencia ejecutoriada sea declarado incapaz, ya sea por estar privado de inteligencia, por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tenga intervalos lúcidos: porque sean sordomudos, que no sepan leer ni escribir, serán suspendidos de sus derechos y le serán nombrados un tutor para que los represente.

Artículo 450 fracción II. "Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia aunque tengan intervalos lúcidos, y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes, siempre que debido a la limitación o alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio".

Al respecto Sara Montero Duhalt dice: "El que ejerza tiene que ser forzosamente una persona en pleno ejercicio de sus derechos para que pueda ser representante de otra. En el caso de quien le ejerce pierda la capacidad de ejercicio, él mismo necesitará que se le nombre un tutor para que actúe a su nombre".⁽⁵⁰⁾

El artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles al respecto dice:

Artículo 902. - "Ninguna tutela pueda conferirse sin que previamente se declare al estado su minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella".

La declaración de estado de minoridad o demencia puede pedirse:

(50) MONTERO DUHALT SARA, op. cit., pag. 352

1. - Por el mismo menor, si ha cumplido dieciséis años;
2. - Por el cónyuge;
3. - Por sus presuntos herederos legítimos;
4. - Por el albacea;
5. - Por el Ministerio Público.

No obstante lo anterior, como en el lapso que media entre la presentación de una demanda de interdicción y la sentencia que se dicte en el procedimiento de que se trate, la persona señalada como incapacitada no debe de quedar desprotegida, la ley prevé que, como medida prejudicial, se le designa a la misma un tutor interino.

Por lo que hace a los menores que estaban bajo su autoridad, que quedarán bajo la Patria Potestad del ascendiente que corresponde conforme a las prescripciones del Código Civil, y si no lo hubiere se le nombra un tutor, estableciendo así el artículo 465.

Artículo 465. – “Los hijos menores de un incapacitado quedarán bajo la Patria Potestad del ascendiente que corresponda conforme a la ley, y no habiéndolo, se les proveerá de tutor”.

Los efectos de esta suspensión serán que la persona incapaz quedará bajo la tutela de quien haya sido designado para ese efecto, quedando en suspenso todos sus derechos en relación con sus descendientes, subsistiendo en su caso, las obligaciones que pueda cumplir por su conducto de su tutor y no vayan en contra de las disposiciones de la Patria Potestad.

Los menores seguirán teniéndole el respeto que merece un padre, teniendo la obligación de dar en su oportunidad, los alimentos correspondientes en proporción a sus posibilidades.

La suspensión durará hasta que desaparezca la incapacidad y no será únicamente de hecho sino también de derecho, ya que así deberá determinarlo la autoridad judicial,

recobrando todos sus derechos y obligaciones con sus ascendientes desde el momento en que recobre su capacidad legal.

LA AUSENCIA DECLARADA EN FORMA

La segunda fracción del artículo 447 del Código Civil, se refiere a cuando quien ejerce la Patria Potestad es declarado judicialmente y en forma, ausente.

Artículo 447. – “La Patria Potestad se suspende:

Fracción II. Por la ausencia declarada en forma”.

Para que una persona sea declarada legalmente ausente, será necesario que dicha persona haya desaparecido del lugar de su residencia ordinaria, se ignore su paradero y no haya nadie que lo represente, entonces el juez, a petición de cualquier parte interesada o de oficio, mandará publicar edictos en los periódicos, exhortando a la persona desaparecida para que se presente en un término que no bajará de tres meses ni pasará de seis, no obstante de haberse hecho las publicaciones, si el citado no comparece por sí, ni por apoderado legítimo, ni por medio de tutor o de pariente que pueda representarlo, se le nombrará un representante, artículos 649 y 654 del Código Civil.

El Código en su capítulo de la declaración de ausencia, establece que habiendo transcurrido dos años desde la fecha en que se designo representante, podrá pedirse la declaración de ausencia y en caso de que haya dejado apoderado no podrá pedirse sino pasados tres años, contados desde su desaparición.

Una vez solicitada la declaración de ausencia, el juez la mandará publicar durante tres meses, con intervalos de quince días, en el periódico oficial que corresponda, y pasados cuatro

meses, contados a partir de la última publicación, no se presentara, se podrá declarar formalmente la ausencia, artículos 669, 670, 674 y 675 del Código Civil.

Es a partir de ese momento en que la persona que ejerce la Patria Potestad es declarada formalmente ausente, siendo suspendido el ejercicio de la Patria Potestad, quedando los menores que estaban bajo su autoridad, al cuidado del ascendiente que conforme a la ley le corresponde, y si no lo hubiera, se procederá a nombrarla tutor, como lo previene el artículo 652 del Código Civil, que dice: "Si el ausente tiene hijos menores, que estén bajo su Patria Potestad, y no hay ascendiente que deba ejercerla conforme a la ley, ni tutor testamentario ni legítimo, el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor, en los términos prevenidos en los artículos 496 y 497". Siendo estos dos últimos artículos que se citan los que previenen el nombramiento de tutor para los menores de 16 años y los mayores de edad pero menores de 18 años.

Los efectos de la Patria Potestad por la declaración de ausencia, serán que las personas designadas provisionalmente en substitución del ausente para el ejercicio de la Patria Potestad, le serán ratificados sus cargos y removidos según el caso.

El ausente seguirá teniendo la obligación de proporcionar alimentos a los menores por conducto de su representante designado, así como los hijos la tendrán, aún cuando alcancen la mayoría de edad y aparezca el ausente.

Expresa Ignacio Galindo Garfias respecto a la ausencia "La Patria Potestad en el caso de ausencia debe entenderse el suspenso respecto del ascendiente que ha desaparecido de su domicilio, sin que se tenga noticia de su paradero, aunque haya dejado persona que lo represente; porque la Patria Potestad por su naturaleza y fundamento de la institución, es un cargo personalísimo que no puede ser ejercido por medio de representante".⁽⁵¹⁾

(51) GALINDO GARFIAS IGNACIO, op. cit., pag. 687

Al respecto Sara Montero Duhalt dice: "La razón es obvia, si el que debe custodiar, representar, etc., se le declara ausente, es decir, no se sabe dónde está, se ignora su paradero y existe la incertidumbre inclusive si aún vive, no pueda ejercer ninguno de sus derechos, incluyendo la Patria Potestad".⁽⁵²⁾

En caso de que aparezca el ausente, éste recobrará todos los derechos y obligaciones recibiéndolas tal y como le sean entregadas.

Para concluir este punto respecto a la declaración de ausencia, deberá pasar un determinado tiempo, para que dé inicio el juicio de declaración de ausencia y al ser declarado ausente viene la presunción de muerte, de tal forma de que ésta también tiene que ser declarada judicialmente para que tenga efecto la suspensión de la Patria Potestad.

Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

La fracción tercera del artículo 447 nos dice: "La Patria Potestad se suspende:

II.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión".

Al respecto el artículo 283 del Código Civil señala que: "La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la Patria Potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y el cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, considerando el

(52) MONTERO DUHALT SARA, op. cit., pag. 352

interés superior de éstos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

Al respecto Edgar Baqueiro Rojas y Rosalia Buenrostro Báez señalan: "La Patria Potestad se pierde sólo por sentencia, la que puede ser dictada;

1. - En juicio penal, cuando el progenitor ha sido considerado dos o más veces por delitos graves, por malos tratos o abandono del menor que constituyan el delito de abandono de persona.

2. - En juicio civil de divorcio cuando a juicio del juez, la dependencia entre padres e hijos deba romperse, o en juicio especial de pérdida del ejercicio de esa facultad debido a las costumbres, malos tratos o abandono, que pongan en peligro la salud, integridad o moralidad de los menores".⁽⁵³⁾

Al respecto el Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 444. - La Patria Potestad se pierde por resolución judicial:

- I.- Cuando el que ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de este derecho;
- 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 pudiera comprometerse la salud o la moralidad de sus hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bejo la sanción de la ley penal.

(53) BAQUEIRO ROJAS EDGAR Y BUENROSTRO BAEZ ROSALIA, *op. cit.*, pág. 232

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

V.- Cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el menor.

VI.- Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave.

La pérdida de la Paria Potestad no implica la cesación de las obligaciones que tienen los ascendientes respecto a los descendientes, de forma primordial la de proporcionar alimentos.

CAPITULO CUARTO

DIVORCIO NECESARIO

4.1 Concepto de Divorcio

4.2 Estudio de las Causales de Divorcio

4.3 Procedimiento de Divorcio Necesario

4.4 Medidas Provisionales en el Juicio de Divorcio Necesario

4.5 Consecuencias jurídicas del Divorcio Necesario

4.5.1 En relación a los cónyuges

4.5.2 Respecto a los hijos

4.5.3 En cuanto a los bienes de los cónyuges

Dentro de nuestra sociedad la base primordial es la familia, la cual debe estar formada con bases sólidas; al respecto Sara Montero Duhalit nos señala: "Cuando una pareja decide contraer matrimonio, basa su decisión en diversos factores: amor, atracción sexual o afectiva, conveniencia, quizá. El hecho es que los que se casan están seguros, o tienen fundadas esperanzas, en que van a ser recíprocamente felices.

Algunos logran durante algún tiempo, que pueda prolongarse toda la vida, alcanzar la relativa felicidad que la vida conyugal puede otorgar. Otras parejas, por innumerables circunstancias, tan variadas como los seres humanos, fracasan en su intento de ser felices en su vida en común. El otro panorama de luminoso horizonte va ensombreciéndose, brusca o paulatinamente.

Cuando esto ocurre, los cónyuges empiezan a desunirse, se alejan uno del otro y, aunque sigan compartiendo el mismo techo, rompan el vínculo afectivo que los impulsó a contraer matrimonio, dejan de ser pareja, toman caminos diferentes.

Ante el inminente fracaso de su matrimonio, los cónyuges optan por diversas soluciones. Algunos, con madurez y sensibilidad, cuando el vínculo de origen era sólido y auténtico, y más aún si hay hijos, tratan de salvar del naufragio la nave conyugal; con éxito o sin él, al menos lo intentan. Otros soportan indefinidamente una situación que, de matrimonio no tiene más que el nombre y, víctimas de su soledad o infelicidad matrimonial, buscan compensación por diversos medios, ya sea mediante uniones ilícitas, o en la variada gama de conductas neuróticas propias de las frustraciones. Y otros más, cada vez en mayor número en la sociedad contemporánea, se divorcian. En este último supuesto, el divorcio no vino a ser más que la manifestación legal de la real ruptura del matrimonio".⁽³⁴⁾

(34)) MONTERO DUHALT SARA, op. cit., pág. 195

De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que desgraciadamente existen entre los cónyuges causas muy graves por las cuales no alcanzan la plena felicidad dentro del matrimonio, y si afectan la estabilidad de la familia provocando serios problemas físicos y mentales no sólo a los hijos, sino también a ellos mismos; y para evitar ésta situación es necesario que los cónyuges tomen conciencia del problema para poder salvar su matrimonio; y de no ser posible, opten por el divorcio, ya que se considera que la felicidad de la familia es lo más importante.

4.1 CONCEPTO DE DIVORCIO

Para abordar este tema, es necesario hacer mención de sus antecedentes históricos en cuanto a la legislación de nuestro país, particularmente en el Distrito Federal.

Al respecto Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, señalan lo siguiente: "Los Códigos Civiles para el Distrito Federal de los años 1870 y 1884, sólo conocieron el divorcio menos pleno o de separación de cuerpos, el cual podía obtenerse de común acuerdo de forma voluntaria, o bien por alguna de las causales expresamente señaladas.

El Código de 1870 requería que hubieran transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio para que procediera la separación de cuerpos de forma voluntaria, y no procedía después de veinte años de matrimonio.

La Ley de Divorcio del 29 de diciembre de 1914 y la Ley de Relaciones Familiares de abril de 1917 introducen en nuestra legislación el divorcio vincular.- el que disuelve el vínculo matrimonial.- lo que significó un paso trascendental en la legislación mexicana.

El Código Civil para el Distrito Federal de 1928, aún vigente, estableció como regla y de manera general el divorcio vincular y como excepción, el divorcio por separación de cuerpos, en los casos de enfermedad crónica e incurable, impotencia o enajenación mental. El cónyuge sano que no desee pedir el divorcio puede optar por la separación, permaneciendo subsistentes las demás obligaciones del matrimonio. La misma situación se da cuando uno de los esposos se traslada a país extranjero o a lugar insalubre o indecoroso".⁽⁵⁵⁾

Podemos observar en lo anteriormente transcrito que las legislaciones de 1870 y 1884 establecían al divorcio como la separación temporal o definitiva de los cónyuges sin la ruptura del vínculo matrimonial y por lo tanto, sin autorización para contraer nuevo matrimonio; ya que el matrimonio se consideraba indisoluble. El divorcio sólo se admitía como separación de cuerpos.

Afortunadamente con la Ley Sobre Relaciones Familiares se admitía el divorcio vincular y como consecuencia se disolvía el vínculo matrimonial y se autorizaba a los cónyuges a contraer posteriormente uno nuevo.

Por lo que hace al concepto de divorcio, podemos afirmar que existen infinidad de conceptos asentados por los estudiosos del derecho respecto a esta figura jurídica, los cuales coinciden en la misma idea. Es por ello que a continuación exponemos algunos de ellos.

Primeramente diremos que la palabra divorcio proviene del latín *divortium* que significa separar lo que estaba unido. En sentido jurídico significa extinción de la vida conyugal, decretada por autoridad competente.

Edgar Bequeiro Rojas y Rosalia Buenrostro Baez conciben el divorcio diciendo: "Es el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto, las situaciones anómalas que se

(55) BAQUEIRO ROJAS EDGAR Y ROSALIA BUENROSTRO BAEZ, *op. cit.*, pag. 150

generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación".⁽⁵⁶⁾

Ignacio Galindo Garfias asegura que "El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley".⁽⁵⁷⁾

Sara Montero Duhalt señala al respecto "Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido".⁽⁵⁸⁾

En conclusión podemos decir que el divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido, sólo puede ser decretado por autoridad competente, en base a una causa específicamente establecida en la ley y que tiene como consecuencia desvincular a los cónyuges dejándolos en libertad de contraer un nuevo matrimonio.

Para que pueda presentarse el divorcio debe existir un matrimonio válido, por matrimonio entendemos la unión de un hombre y una mujer, cuyo fin primordial es la perpetuación de la especie, la ayuda mutua y el auxilio para soportar las cargas de la vida.

Por otra parte las causas que dan origen al divorcio tienen un carácter autónomo por lo tanto no pueden ser involucradas unas en otras. Estas causas se encuentran establecidas en el artículo 237 del Código Civil para el Distrito Federal.

(56) *Idem*, pág. 147

(57) GALINDO GARFIAS IGNACIO, *op. cit.*, pag. 577

(58) MONTERO DUHALT SARA, *op. cit.*, pag. 196 y 197

4.2 ESTUDIO DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO

A continuación se analizarán las causas de divorcio; reguladas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 267. - Son causas de Divorcio:

FRACCION I

EL ADULTERIO DEBIDAMENTE PROBADO DE UNO DE LOS CÓNYUGES.

El adulterio como delito desapareció con la reforma del 17 de septiembre de 1989, pero como causal de divorcio, la Suprema Corte de Justicia admite la prueba indirecta ya que la prueba directa es casi imposible obtenerla; basta la simple comprobación del trato carnal del cónyuge con persona distinta a su consorte en cualquier circunstancia; es decir, se puede probar indirectamente o presuntivamente.

La Suprema Corte de Justicia ha declarado esta causal de la siguiente forma: Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable.

La Suprema Corte de la Nación ha sostenido el criterio de que para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, se admite la prueba indirecta, pero la misma debe encaminarse a demostrar precisamente la conducta adulterina o infiel del cónyuge, así como mecánica del adulterio, de ello no es suficiente, para la comprobación de la mencionada causal.

El adulterio que se invoca como causal de divorcio, es susceptible, de probarse por medio del acta de nacimiento de un hijo natural del cónyuge demandado, habido con persona distinta a su esposo legítimo; porque aún cuando se trate de un documento público que no constituye una prueba para demostrar directamente el adulterio, sí hace prueba plena en cuanto al nacimiento del menor y a lo declarado por quienes lo presentaron y reconocieron, y quedando demostrado el hecho relativo al nacimiento del hijo natural, cuando aún subsistía el vínculo matrimonial, queda deducida la existencia del adulterio que es una consecuencia de aquel hecho y establecida la presunción relativa a la existencia de la causal invocada.

FRACCION II

EL HECHO DE QUE LA MUJER DE A LUZ, DURANTE EL MATRIMONIO, UN HIJO CONCEBIDO ANTES DE CELEBRARSE ESTE CONTRATO, Y QUE JUDICIALMENTE SEA DECLARADO ILEGITIMO.

Consideramos que no es un delito el hecho de que la mujer no revele a su futuro marido que se encuentra embarazada de un hijo de quien éste no es el padre, pero sí hay un hecho inmoral traducido en deslealtad, tanto antes del matrimonio como al momento mismo de celebrarlo, y esta deslealtad de la mujer de no informar a su marido que se encuentra embarazada es la que se sanciona como causal de divorcio porque implica además una injuria.

Rafael Rojina Villegas al respecto señala que "No debe considerarse causal de divorcio, porque la injuria debe ser posterior al matrimonio y en este caso la ley se refiere a un acto anterior al matrimonio, manifestando la mayoría de los autores que existe una injuria en contra del marido en el momento mismo de celebrar el matrimonio, porque, si bien es cierto que el hecho de concebir un hijo no es falta posterior al matrimonio, en el momento de celebrarlo sí se

comete una injuria por omisión en contra del marido por no informarle la mujer que se encuentra encinta".⁽⁵⁹⁾

Se considera que el párrafo anterior nos señala un gran error, en el sentido de que la mujer comete una injuria en contra de su marido por no revelarle que se encuentra embarazada antes de celebrar el matrimonio, pues la ley señala claramente que tal hecho debe ser posterior a la celebración del matrimonio.

Cabe señalar lo siguiente: El hijo sólo puede ser declarado ilegítimo cuando nace antes de que se cumplan los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, porque si el nacimiento se efectúa después, el hijo se presume legítimo, y por tanto hijo del marido. (Artículo 324, fracción I del Código Civil).

Esta presunción se pueda desechar con lo previsto en el artículo 328 del Código Civil que señala: El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque esta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

También es aplicable el artículo 328 de nuestro Código Civil "El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio:

I.- Si se probara que supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito.

II.- Si concurrió el levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar.

(59) ROJINA VILLEGAS RAFAEL, op. cit., pag. 387

III.- Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer.

IV.- Si el hijo no nació capaz de vivir.

El Artículo 330 del Código Civil vigente nos habla sobre poder ejercer la acción de desconocimiento de paternidad y esta solo puede ser intentada por el marido dentro de los 60 días contados desde el nacimiento si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento.

FRACCION III

LA PROPUESTA DEL MARIDO PARA PROSTITUIR A SU MUJER, NO SOLO CUANDO EL MISMO MARIDO LA HAYA HECHO DIRECTAMENTE SINO CUANDO SE PRUEBE QUE HA RECIBIDO DINERO O CUALQUIER REMUNERACIÓN CON EL OBJETO EXPRESO DE PERMITIR QUE OTRO TENGA RELACIONES CARNALES CON SU MUJER.

Esta causal implica una conducta inmoral, injuriosa y en ciertos casos delictiva.

Se puede configurar el delito de lenocinio si se prueba que el marido recibió dinero o cualquier otra retribución por prostituir o permitir la prostitución de su mujer.

Para que el lenocinio sea causa de divorcio es necesario que el marido reciba en cambio de la prostitución de su esposa una recompensa que no es necesario que se traduzca en dinero, puede haberla de distinta naturaleza, por ejemplo obtener el nombramiento de un cargo público o cualquier otra forma de retribución.

Rafael Rojina Villegas afirma que "para la comprobación de esta causal de divorcio, el juez civil no exigirá los requisitos que señala el Código Penal para probar la existencia del tipo penal y en los cuales deben ser probados ampliamente, refiriéndose este al comercio carnal

indebido por la explotación del cuerpo de otra persona que podrá llevar a cabo un tercero, mientras que el Código Civil se refiere sólo al marido frente a la esposa, ya sea que indirectamente la explote o que le proponga prostituirlo".⁽⁶⁰⁾

FRACCION IV

LA INCITACIÓN O LA VIOLENCIA HECHA POR UN CÓNYUGE AL OTRO PARA COMETER ALGÚN DELITO, AUNQUE NO SEA DE INCONTINENCIA CARNAL.

El peligro que entraña esta incitación, por la intimidad de la vida de los cónyuges es motivo muy grave para disolver el matrimonio.

Al respecto Sara Montero Duhalit nos señala lo siguiente "Contempla esta fracción una conducta inmoral del que quiere provocar un delito en el otro y totalmente lesivo para éste. Igual que en el adulterio, la conducta que señala esta fracción puede constituir un delito, previsto por el artículo 209 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga apología de éste o de algún vicio, se le aplicará prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponde por su participación en el delito cometido".⁽⁶¹⁾

Conforme al artículo anterior, se requiere que la provocación se haga públicamente; en cambio como causal de divorcio no lo requiere. Si la provocación no es pública no se considera que se cometió un delito, pero sí dentro de la causal de divorcio. La incitación para cometer un delito dentro del matrimonio puede ser de palabra, por escrito y hasta por medio de

(60) *Idem*, pag. 388

(61) MONTERO DUHALT SARA, *op. cit.*, pag. 226

determinados actos como el desprecio, la sonrisa burlona, el negarse a cumplir con el débito conyugal, etc. con los que de una manera se lleva a la provocación.

También puede emplearse la fuerza física o moral a través de amenazas.

En nuestra opinión, no es posible que la incitación a la violencia de un cónyuge pueda llevar a otro a cometer un ilícito por el cual pueda sufrir un castigo en materia penal, en nuestro concepto debe existir una causa muy poderosa para que una persona pueda obligar a otra a cometer un acto violento en contra de terceros.

FRACCION V

LOS ACTOS INMORALES EJECUTADOS POR EL MARIDO O POR LA MUJER CON EL FIN DE CORROMPER A LOS HIJOS, ASÍ COMO LA TOLERANCIA EN SU CORRUPCIÓN.

Esta es una de las causales más graves y reprobables, que viene a degenerar las funciones del matrimonio, esta fracción tiene íntima relación con los artículos 201 del Código Penal y 444 fracción III del Código Civil, aunque respecto al primero no se necesitan los requisitos del mismo para que proceda esta causal, por lo que respecta al artículo 270 del Código Civil que señala "Son causas de divorcio los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, ya lo sean éstos de ambos, ya de uno solo de ellos. La tolerancia en la corrupción que da derecho a pedir el divorcio debe consistir en actos positivos y no en simples omisiones".

Cabe mencionar que el artículo 444 en su fracción III del Código Civil, señala que 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 o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.

Al respecto Sara Montero Duhait señala: "Creemos que la expresión de que la tolerancia debe consistir en actos positivos no se compagina con el sentido gramatical y usual de la palabra tolerar: sufrir, llevar con paciencia, disimular algunas cosas que no son lícitas, soportar, aguantar, que significa todo ello conducta de inactividad. La tolerancia significa un no hacer. No puede darse, por lo tanto, la tolerancia en actos positivos.

Como en las demás causales en las que la conducta prevista puede constituir o no un delito, en ésta sucede lo mismo. Si los actos inmorales se cometen en hijos menores de edad se figura el delito de corrupción, pero si se cometen en hijos mayores de edad no se da el delito de corrupción pero sí la causal de divorcio porque los actos inmorales ejecutados por los padres pueden provocar en ellos conductas inmorales o ilícitas que los lleven a su corrupción".⁽⁶²⁾

FRACCION VI

PADECER SÍFILIS, TUBERCULOSIS O CUALQUIERA OTRA ENFERMEDAD CRÓNICA O INCURABLE, QUE SEA ADEMÁS, CONTAGIOSA O HEREDITARIA, Y LA IMPOTENCIA INCURABLE QUE SOBREVenga DESPUÉS DE CELEBRADO EL MATRIMONIO.

Esta causal es una de las llamadas "no derivadas de culpa", en este caso no es conducta del cónyuge la que pone en peligro la estabilidad del matrimonio sino su salud.

El cónyuge que no quiera pedir el divorcio, la ley le da la opción de divorcio separación (separación de cuerpos) mientras exista la enfermedad, suspendiendo el deber de cohabitación, pero dejando subsistente las otras obligaciones y derechos del matrimonio.

Al respecto Sara Montero Duhait señala "Se considera esta causa como de tracto sucesivo, por ello no funciona el término de caducidad de 6 meses que exige la ley en las

(62) Ídem, pag. 227

causales que se dan en un hecho determinado en el tiempo. El problema consiste en saber si el cónyuge sano puede pedir el divorcio en las primeras etapas de la enfermedad. La respuesta lógica sería no, pues en esas previas etapas, la mayor parte de las enfermedades no reúnen las características pedidas por la ley: crónica o incurable que sea al mismo tiempo contagiosa o hereditaria".⁽⁶³⁾

Cabe mencionar que éstas enfermedades gracias a los avances de la medicina moderna, son curables en su totalidad si se detectan en sus primeras etapas.

Cuando éstas condiciones se dan en un sujeto, antes de contraer matrimonio, se consideran impedimentos para su celebración; por lo tanto el cónyuge sano puede pedir la anulación del matrimonio dentro del término de 60 días contados desde que se celebra. Si sobrepasa el término la acción que corresponde es el divorcio.

FRACCION VII

PADECER ENAJENACIÓN MENTAL INCURABLE, PREVIA DECLARACIÓN DE INTERDICCIÓN QUE SE HAGA RESPECTO DEL CÓNYPGE DEMENTE.

La enajenación mental incurable tendrá que ser declarada en un juicio de interdicción que se le lleve al enfermo, en cuya sentencia se declare que el cónyuge queda incapacitado. En este caso se procederá a nombrarle tutor. Cuando el juicio de interdicción declare que un cónyuge esta incapacitado, el cónyuge sano tiene las siguientes opciones: ser nombrado tutor legítimo de su consorte, pedir el divorcio basado en esta causal, o solicitar el divorcio separación sin extinguir el vínculo matrimonial. Si opta por el divorcio vincular, podrá pedir la separación judicial provisional mientras se sigue el juicio de interdicción y durante el procedimiento de divorcio.

(63) *Idem*, pag. 228

FRACCION VIII

LA SEPARACIÓN DE LA CASA CONYUGAL POR MÁS DE SEIS MESES SIN CAUSA JUSTIFICADA.

Sara Montero Duhalt nos señala al respecto "La separación de la casa conyugal sin causa justa significa el incumplimiento de uno de los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges: vivir en el domicilio conyugal".⁽⁶⁴⁾

No importa que el cónyuge que abandone la casa sin justa causa siga cumpliendo con todas las obligaciones del sostenimiento del hogar. Basta el hecho de que no se cohabite con el otro cónyuge por más de seis meses para tener causa de divorcio.

El Código Civil no habla de abandono de un cónyuge por el otro, sino únicamente de separación de la casa conyugal.

Si además del abandono físico de la casa conyugal, se incumple el deber de alimentos y asistencia, se estará además dentro de la configuración del delito de abandono de persona.

Cabe hacer la aclaración de que para que se dé el abandono del hogar conyugal debe existir "domicilio conyugal"; esto quiere decir, que si los cónyuges viven en calidad de arimados en algún domicilio de sus familiares, esta causal no se encuadraría.

(64) Ídem, pag. 230

FRACCION IX

LA SEPARACIÓN DEL HOGAR CONYUGAL ORIGINADA POR UNA CAUSA QUE SEA BASTANTE PARA PEDIR EL DIVORCIO, SI SE PROLONGA POR MÁS DE UN AÑO SIN QUE EL CÓNYUGE QUE SE SEPARO ENTABLE LA DEMANDA DE DIVORCIO.

El cónyuge que abandona la casa conyugal porque ya no soporta la vida en común, en base a que el otro le ha dado una o muchas causas de divorcio, debe demandar él mismo antes de que transcurra un año, o corre el peligro de ser él el demandado por abandono de hogar.

Al respecto Sara Montero Duhait nos dice "Se entrevé en esta causa una aparente injusticia: El cónyuge que debió ser acusado se convierte en acusador y puede vencer en el juicio como cónyuge "inocente". Sin embargo el Código es congruente con sus preceptos. Por un lado existe la obligación de convivir en el domicilio conyugal y no le ésta permitido a ninguno de los dos romper unilateralmente con este deber.

En segundo lugar la ley señala un término de caducidad de seis meses para pedir el divorcio cuando la causal no es de carácter permanente o de tracto sucesivo (Artículo 278). Si el cónyuge con causa deja pasar los seis meses, sin interponer la demanda de divorcio se da la presunción del perdón tácito y de acuerdo con el artículo 279 ninguna de las causales enumeradas en el artículo 267 pueden alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito".⁽⁶⁵⁾

Se considera aconsejable que el cónyuge que abandona justificadamente el hogar conyugal que interponga a tiempo la demanda de divorcio o interrumpa la separación antes de que transcurra el año.

(65) Idem, pag. 231.

FRACCION X

LA DECLARACION DE AUSENCIA LEGALMENTE HECHA, O LA DE PRESUNCION DE MUERTE, EN LOS CASOS DE EXCEPCION EN QUE NO SE NECESITA PARA QUE SE HAGA ESTA QUE PROCEDA LA DECLARACION DE AUSENCIA.

El estado de ausencia y el de presunción de muerte no operan en forma autónoma como disolución del vínculo matrimonial, sino que el cónyuge que demanda tiene que probar con la sentencia que declara éste estado, la causa de divorcio.

Se considera que ésta causa es absolutamente inútil, pues para obtener una sentencia en que se declare la ausencia o la presunción de muerte, se necesita el transcurso de varios años, y ya se ha señalado que con el solo lapso de seis meses de la separación del hogar conyugal se tiene causa suficiente de divorcio.

La única utilidad que pueda reportar una sentencia de declaración de ausencia o de presunción de muerte para el caso de divorcio es que constituye prueba plena para obtenerlo. Sería más práctico y conveniente que en lugar de ser estas sentencias causas de divorcio, fueran causas de disolución del matrimonio.

FRACCION XI

LA SEVICIA, LAS AMENAZAS O LAS INJURIAS GRAVES DE UN CONYUGE PARA EL OTRO.

Al respecto Antonio De Ibarrola asegura: "El concepto de la sevicia se refiere a la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común entre los consortes y no golpes aislados que pueden ser tolerados, por lo cual, el cónyuge que basándose en esta causal solicita el divorcio

debe señalar expresamente en que consisten los malos tratos, así como su naturaleza y modalidades; lo anterior para que el cónyuge demandado pueda defenderse y el juez esté en posibilidad de manifestar si opera o no dicha causa".⁽⁶⁶⁾

Se considera injusto que el juez sea quien deba calificar la magnitud de los insultos para determinar si opera o no la causa de divorcio, pues no hay golpe, ni insulto, por pequeño que sea que deba tolerarse entre los cónyuges, pues si esto sucede quiere decir que se ha perdido el respeto y el amor que debe existir en el matrimonio, y esto es perjudicial para los hijos mayores de edad y primordialmente para los hijos menores.

Sara Montero Duhalt señala al respecto "Para calificar la sevicia, las amenazas o la gravedad de las injurias, el juez cuenta con un gran margen de arbitrio. Tiene que tomar en cuenta diversos factores, entre ellos la frecuencia y reiteración de la conducta del ofensor, el grado de educación de los cónyuges, la clase social a que pertenecen y sus particulares formas de convivencia; así, lo que para un cónyuge sensible y refinado puede significar ciertas expresiones o actos ofensas imperdonables, en otra pareja puede ser el trato común y cotidiano y hasta expresiones afectuosas".⁽⁶⁷⁾

FRACCION XII

LA NEGATIVA INJUSTIFICADA DE LOS CONYUGES A CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES SEÑALADAS EN EL ARTICULO 164, SIN QUE SEA NECESARIO AGOTAR PREVIAMENTE LOS PROCEDIMIENTOS TENDIENTES A SU CUMPLIMIENTO, ASI COMO EL INCUMPLIMIENTO, SIN JUSTA CAUSA, POR ALGUNO DE LOS CONYUGES, DE LA SENTENCIA EJECUTORIADA EN EL CASO DEL ARTICULO 168.

(66) IBARROLA ANTONIO DE, *op. cit.*, pag. 352

(67) MONTERO DUHALT SARA, *op. cit.*, pag. 232

Como ésta causa remite a otros artículos, es preciso recordar el contenido de los mismos.

El Artículo 164 del Código Civil señala ciertos deberes de los cónyuges, principalmente la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

El Artículo 168 del Código Civil reitera la igualdad jurídica de los consortes y la obligación de resolver de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la educación de los hijos y a la administración de los bienes.

Señala este Artículo la intervención del Juez de lo familiar en caso de desacuerdo de los cónyuges.

La redacción del Artículo 168 del Código Civil se considera que es un tanto inoperante en nuestro medio. Significa que si los cónyuges no se ponen de acuerdo en todas las cuestiones de su vida en común, deben recurrir al Juez, y éste resuelva mediante sentencia que cause ejecutoria, los cónyuges están obligados a cumplir la determinación judicial. El incumplimiento a la misma constituye la causa de divorcio señalada en la fracción XII que es la que se está analizando.

Independientemente que los cónyuges hayan recurrido al Juez para solicitar su intervención en la forma de cumplir con sus obligaciones de carga del hogar y que el Juez haya

otorgado sentencia ejecutoriada, la simple negativa a cumplir con los deberes señalados en el Artículo 164 es causa de divorcio.

FRACCION XIII

LA ACUSACION CALUMNIOSA HECHA POR UN CONYUGE CONTRA EL OTRO, POR DELITO QUE MEREZCA PENA MAYOR DE DOS AÑOS DE PRISION.

Sara Montero Duhalt señala al respecto "La simple acusación que haga un cónyuge del otro, constituye una profunda deslealtad, aunque la misma no fuere calumniosa. Habiendo calumnia de por medio, implica esa conducta una aversión profunda del cónyuge calumniador respecto del otro que evidencia la ruptura total del efecto conyugal. Al respecto, La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado de la siguiente manera:

Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que ésta dé lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial, y sin embargo puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciará en cada caso el Juez Civil, tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladas de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges que hace imposible la vida en común".⁽⁶⁸⁾

(68) *Idem*, pag. 234.

Se considera que cuando se da el caso señalado en esta causal, ya no tiene ningún sentido continuar la vida conyugal, ya que se ha perdido totalmente la confianza, el amor y el respeto entre los cónyuges.

FRACCION XIV

HABER COMETIDO UNO DE LOS CONYUGES UN DELITO QUE NO SEA POLITICO, PERO QUE SEA INFAMANTE, POR EL CUAL TENGA QUE SUFRIR UNA PENA DE PRISION MAYOR DE DOS AÑOS.

Para que se configure esta causal se necesitará forzosamente que exista una sentencia que cause ejecutoria en la cual se declare culpable a un cónyuge de un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, para que este delito sea considerado como infamante debe contener alguno o todos los elementos de la definición de la palabra infamia que son: descrédito, deshonra, vileza en cualquier línea, etc.

Pueden contribuir también en la calificación de infamante, las circunstancias en que se cometió el delito; por ejemplo, no es lo mismo un homicidio con agravantes, que el producido en una riña con provocación.

El Juez es el que deberá determinar si el delito es o no infama.

FRACCION XV

LOS HABITOS DE JUEGO O DE EMBRIAGUEZ O EL USO INDEBIDO Y PERSISTENTE DE DROGAS ENERVANTES, CUANDO AMENAZAN CAUSAR LA RUINA DE LA FAMILIA O CONSTITUYEN UN CONTINUO MOTIVO DE DESAVENENCIA CONYUGAL.

Esta causal requiere que se reúnan dos circunstancias: el hábito vicioso y la amenaza de la ruina de la familia, o el vicio que provoca una constante desavenencia conyugal.

El Juez deba calificar en cada caso si se aúnan las dos circunstancias, pues puede suceder que los hábitos de vicio señalados en alguno de los cónyuges hayan sido siempre tolerados por el otro y no amenacen la ruina de la familia, y ante circunstancias posteriores (por ejemplo, el interés sentimental en un tercero por parte del cónyuge demandante) toma esos vicio como causa de divorcio.

FRACCION XVI

COMETER UN CONYUGE CONTRA LA PERSONA O LOS BIENES DEL OTRO UN ACTO QUE SERIA PUNIBLE SI SE TRATARE DE PERSONA EXTRAÑA, SIEMPRE QUE TAL ACTO TENGA SEÑALADA EN LA LEY UNA PENA QUE PASE DE UN AÑO DE PRISION.

Cuando el delito de esta naturaleza lo cometa un cónyuge contra el otro, éste puede optar por acusarlo penalmente, o pedir el divorcio, o ambas acciones.

La esencia de la causa que señalamos consiste realmente en la conducta desleal hacia el cónyuge, que implica además, falta de consideración, de respeto y de protección a los intereses del cónyuge. Cuando esto sucede, se puede decir que el matrimonio se ha roto en su esencia.

FRACCION XVIII

LA SEPARACION DE LOS CONYUGES POR MAS DE DOS AÑOS, INDEPENDIENTEMENTE DEL MOTIVO QUE HAYA ORIGINADO LA SEPARACION, LA CUAL PODRA SER INVOCADA POR CUALQUIERA DE ELLOS.

Esta causal se basa en el supuesto de que después de ese tiempo de vivir separados, ya no existe estado matrimonial ni la tradicional afectio maritalis de que hablaban los romanos, en otras palabras han roto de hecho el vínculo afectivo que los unía.

Se puede dar de común acuerdo entre los esposos y no existe cónyuge culpable.

Se considera que esta causal puede prestarse a serias injusticias en cuanto a los efectos que produce la sentencia de divorcio en las personas de los cónyuges.

En los casos de divorcio necesario, el Juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de los alimentos a favor del inocente. Y en el caso del divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará mientras no contraiga nuevas nupcias, se une en concubinato o carece de ingresos suficientes. Mismo derecho que tiene el cónyuge varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes.

La fracción XVIII citada no encuadra dentro del mutuo consentimiento, por lo que no se tendrán los alimentos en las circunstancias anteriormente señaladas; será por ello un divorcio necesario con la particularidad de que no habrá cónyuge culpable ni inocente, por ello no se tendrá tampoco derecho a alimentos.

Por lo anteriormente expuesto se considera esta causal como peligrosa porque puede prestarse a ciertas injusticias, pues desprotege fundamentalmente a la mujer que ha dedicado sus años de matrimonio a los trabajos del hogar.

La cónyuge que ha desempeñado algunos o muchos años de su vida los labores antes citadas, tareas no remuneradas, pueda sufrir esta clase de divorcio por parte del marido que

simplemente se separe de hecho del domicilio conyugal. Si la separación por más de dos años el marido ha pasado o no pensión alimenticia al grupo familiar al cumplirse ese periodo, podrá pedir el divorcio basado en la causal XVIII y en la sentencia no se le podrá obligar a pasar alimentos a su esposa que no tenga ingresos suficientes por no estar preparada para el trabajo fuera de casa.

FRACCION XIX

LAS CONDUCTAS DE VIOLENCIA FAMILIAR COMETIDAS POR UNO DE LOS CONYUGES CONTRA EL OTRO O HACIA LOS HIJOS DE AMBOS O DE ALGUNO DE ELLOS. PARA LOS EFECTOS DE ESTE ARTICULO SE ENTIENDE POR VIOLENCIA FAMILIAR LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 323-TER. DE ESTE CODIGO.

Para comprender mejor el contenido de la fracción anteriormente citada, haremos mención al Artículo 323-Ter. del Código Civil, el cual hace mención del concepto de violencia familiar señalado "Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma que atenté contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato.

Las conductas de violencia intrafamiliar destruyen a la familia, ya que atentan contra la integridad física, psíquica o sexual de los miembros de ésta no solo los cónyuges sino que primordialmente a los hijos; es por ello que se considera añadida la adición de las causales de divorcio XIX y XX realizadas en fecha 30 de diciembre de 1997.

Además existe una ley que asiste, previene y sanciona este tipo de conductas: "Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Intrafamiliar".

Esta ley también hace referencia al concepto de violencia familiar:

Artículo Tercero.

Fracción III.- Violencia intrafamiliar: Aquel acto de poder u omisión recurrente, intencional y cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, que tenga alguna relación de parentesco por consanguinidad, tengan o lo hayan tenido por afinidad civil; matrimonio, concubinato o mantengan una relación de hecho y que tienen por efecto causar daño.

FRACCION XXI

EL INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DE LAS DETERMINACIONES DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS O JUDICIALES QUE SE HAYAN ORDENADO, TENDIENTES A CORREGIR LOS ACTOS DE VIOLENCIA FAMILIAR HACIA EL OTRO CONYUGE O LOS HIJOS, POR EL CONYUGE OBLIGADO A ELLO.

El contenido de ésta fracción se refiere a que si el cónyuge que infringió las determinaciones del convenio celebrado para prevenir la violencia familiar y no cumple con lo pactado, el otro cónyuge podrá invocar la causal XXI para demandar el divorcio ya que el cónyuge que cometió los actos de violencia familiar reincidió y con ello pone en peligro la integridad física, psíquica y sexual de los otros miembros de la familia.

Artículo 268 del Código Civil "Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiere desistido la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, éste tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante estos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos".

Sara Montero Duhalit nos señala lo siguiente: "Aunque el legislador reguló esta causal en forma autónoma, es decir, fuera de la enumeración de las veinte causales que señala el artículo 267 del Código Civil la razón de la misma es idéntica a las demás, o sea, la constatación del rompimiento del afecto matrimonial. Si un cónyuge ha solicitado el divorcio o la nulidad del matrimonio, significa que ya no quiere seguir casado con su pareja.

Si posteriormente no pudo justificar debidamente su demanda, no obtendrá la disolución legal del matrimonio, pero el mismo quedó roto de hecho. En este caso el cónyuge demandado obtendrá para sí esta especial causa de divorcio.

Esta causal puede prestarse, a serias injusticias en cuanto al cónyuge que demandó primero la nulidad o el divorcio por causa que no haya justificado o que haya resultado suficiente, al tenor del Artículo 268 del Código Civil. Normalmente el juicio de divorcio se pone en manos de un abogado que es el encargado de presentar a tiempo las pruebas suficientes. Si por su negligencia o torpeza se pierde el juicio de nulidad o divorcio, éstas causas no son imputables al que va a sufrir las consecuencias del subsiguiente divorcio y del que pueda resultar cónyuge culpable. Se precisa por lo tanto, norma expresa en el Código en la que señala que en el caso del artículo 268 del Código Civil ambos cónyuges conservarán lo recibido por el otro o por terceros, o en caso contrario, que ambos se devolverán recíprocamente sus donaciones, pues los dos pueden ser recíprocamente causantes del divorcio, para no hablar de culpables y de inocentes. Estas expresiones de culpabilidad o inocencia, por extensión,

creemos que debieran de desaparecer de todas las causas de divorcio que, juzgamos, pueden reducirse a una sola: el matrimonio se ha roto".⁽⁶⁹⁾

El Artículo 268 del Código Civil señala que para pedir esta causa de divorcio, deben dejarse pasar tres meses de la notificación de la última sentencia.

Tal sentencia no puede ser otra que la que en definitiva establezca la cosa juzgada, o sea, la de amparo, cabiendo inclusive, con relación a ella, la distinción de que si la misma niega la protección constitucional, a partir de su notificación será cuando deba computarse el término de los mencionados tres meses, puesto que es a partir de su pronunciamiento cuando queda firme la resolución de segunda instancia.

4.3 PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO NECESARIO

Para que proceda un divorcio necesario se requieren los siguientes supuestos:

1. - Existencia de un matrimonio válido.
2. - Acción ante Juez competente.
3. - Expresión de causa específicamente determinada en la ley.
4. - Legitimación Procesal.
5. - Tiempo hábil.
6. - Que no haya habido perdón.
7. - Formalidades Procesales.

1. - Existencia de un matrimonio válido.- Este requisito se cumple con la presentación de la copia certificada del acta de matrimonio cuyo disolución se solicita a través de la demanda de divorcio.

(69) Idem, pág. 239

2. - Acción ante Juez competente. El divorcio es una controversia de orden familiar. Por ello es Juez competente en materia de divorcio necesario, el Juez de lo familiar del domicilio conyugal artículo 159 del Código de Procedimientos Civiles y en el caso de divorcio por abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado (Artículo 156, Fracción XII del Código de Procedimientos Civiles).

Cuando no existe domicilio conyugal porque la separación de los cónyuges haya sido tiempo atrás, es competente para conocer el juicio, el juez del domicilio del demandado (Artículo 156, Fracción IV del Código de Procedimientos Civiles).

3. - Expresión de causas específicamente determinada. Ya quedó expresado anteriormente que las causas en nuestro sistema de divorcio, son de carácter limitativo y no ejemplificativo; toda causa tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ser ampliadas por analogía ni por mayoría de razón. La causa que se invoque debe forzosamente ajustarse a las señaladas en las veinte causas que se analizaron líneas arriba (Artículo 267, fracciones I a XX y artículo 268 del Código Civil).

Por lo demás la causa no tiene que ser única, pueden invocarse al mismo tiempo dos o más causales; pero todas y cada una de ellas específicamente determinadas en sí.

4. - Legitimación Procesal. La acción de divorcio es exclusiva de los cónyuges. Es una acción personalísima, entendiéndose por tal que sólo puede ser iniciada y continuada hasta la obtención de la sentencia, por los propios interesados, en este caso los cónyuges. En consecuencia, ningún tercero puede ejercer la acción de divorcio. Ello no quiere decir que tengan que llevar por sí mismo el proceso y que se requiera en todo caso su comparecencia personal. Pueden perfectamente actuar a través de procurador.

"El divorcio solo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que se funde la demanda" artículo 278 del Código Civil, por lo que se considera que esta acción no es transmisible ni en vida ni por causa de muerte: "La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera existido dicho juicio" (Artículo 280 del Código Civil).

En cuanto a la capacidad de las partes para actuar, el cónyuge menor de edad puede asumir en el juicio de divorcio tanto el papel de actor como de demandado, pero en ambos casos se le nombrará un tutor dativo. Así lo exige el artículo 643 del Código Civil. "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad: fracción II. De un tutor para negocios judiciales".

El tutor en este caso no funciona como representante legal del menor. Se limitará a asistir, a aconsejar al cónyuge menor en la secuela del procedimiento judicial.

5. - Tiempo Hábil.- La acción de divorcio necesario puede ser iniciada en cualquier momento del matrimonio, pero siempre dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia del cónyuge ofendido los hechos en que se funde la demanda (Artículo 278 del Código Civil).

Debe hacer mención que cuando la causa consiste en un hecho determinado en el tiempo (injurias, adulterio único, etc.) el término de caducidad es de seis meses a partir del momento en que se configure la causal, o en que se entera el cónyuge demandante. Si deja transcurrir los seis meses sin interponer la demanda, caduca su derecho con respecto al hecho específico en que consistió la causa que pudo invocar pero podrá invocarlo por nuevos hechos que constituyen causa de divorcio, aunque sean de la misma especie. (Artículo 281 del Código Civil).

Cuando la causa de divorcio es permanente, de las llamadas de "tracto sucesivo", como por ejemplo el abandono de hogar, las enfermedades, no existe término de caducidad, en cualquier momento puede solicitarse el divorcio en razón de que la causa sigue vigente.

6. - Que no haya habido perdón. Así lo expresa textualmente el artículo 279 del Código Civil. "Ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 del Código Civil pueden alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito; no se considera perdón tácito la mera suscripción de una solicitud de divorcio voluntario, ni los actos procesales posteriores".

"Una vez iniciado el divorcio, ponen fin al juicio, tanto la reconciliación de los cónyuges, como el perdón del ofendido. En ambos casos deberán notificarlo al juez; pero la omisión de la notificación no destruye los efectos de la reconciliación, o del perdón en su caso" (Artículos 280 y 281 del Código Civil).

7. - Formalidades Procesales. El juicio de divorcio debe llevarse con todas las formalidades de carácter procesal que exige el Código de la materia. Es un juicio de carácter ordinario, regido por los artículos 255 a 429 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Al respecto José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina señalan: "En la clasificación corriente de los juicios se consideran como ordinarios aquellos que están destinados a la decisión de las controversias judiciales que no tengan señalada en la ley una tramitación especial.

El principio establecido en la generalidad de los Códigos de Procedimientos que afirma que las contiendas entre partes que no tengan señalada en la ley tramitación especial sean ventiladas en juicio ordinario da a entender de un modo terminante que este juicio es la regla y

que los demás son las excepciones, que sólo tendrán lugar cuando se hallen consignados de un modo explícito en la ley". (70)

Este juicio se tramita a través de las siguientes etapas procesales:

1. - Demanda y emplazamiento,
2. - Contestación (y reconvención en su caso),
3. - Traslado de la reconvención (si la hubo),
4. - Audiencia Previa y de Conciliación,
5. - Ofrecimiento de pruebas,
6. - Recepción y desahogo de las pruebas,
7. - Alegatos,
8. - Sentencia (y apelación en su caso),
9. - Declaración de que la sentencia ha causado ejecutoria,
10. - Envío de copia de sentencia ejecutoriada al Juez del Registro Civil.

1. - Demanda. Se inicia el procedimiento con la demanda en la cual el cónyuge ofendido reclamará la disolución del vínculo matrimonial, señalando una o más de las causales de divorcio establecidas limitativamente en el artículo 267 del Código Civil, además de las señaladas en el artículo 288 del mismo ordenamiento legal.

Con la demanda deberá adjuntarse copia certificada del acta de matrimonio y de nacimiento de los hijos si los hubiera, admitida la demanda el Juez de lo familiar mandará a emplazar al cónyuge que haya dado causa al divorcio, y que dentro del juicio tendrá el carácter de demandado, a fin de que produzca su contestación dentro del término de nueve días.

(70) PINA RAFAEL DE Y CASTILLO LARRAÑAGA JOSE, Instrucciones de Derecho Procesal Civil, Decimanovena edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1990, pag. 375

2. - **Contestación y (reconvención en su caso):** En la contestación a la demanda, el cónyuge indicará si son o no ciertos los hechos señalados en la demanda, por lo tanto, si ha incurrido o no en las causas de divorcio que se le imputan. En su caso, puede también en el mismo escrito de contestación, promover reconvención, o sea, hacer valer a su vez, causas de divorcio en contra del demandante. Respecto de la reconvención o contrademanda, los papeles de actor y demandado se invertirán.

3. - **Traslado de la reconvención (si la hubo).** De presentarse reconvención el juez deberá correr traslado de ella al cónyuge demandante, para que la conteste dentro de seis días.

4. - **Audiencia Previa y de Conciliación.** Una vez contestada la demanda y, en su caso la reconvención, el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una Audiencia Previa y de Conciliación dentro de los 10 días siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de 3 días. La Audiencia estará a cargo de un conciliador, el cual propondrá a las partes, alternativas de solución al litigio. Si las partes llegan a un acuerdo se acabará el juicio; si las partes están en desacuerdo se proseguirá con la Audiencia y el Juez examinará en su caso las excepciones que hubieran opuesto con el fin de depurar el procedimiento.

5. - **Ofrecimiento de pruebas.** A partir de la fecha de notificación del auto en que se tuvo por contestada la demanda o la reconvención en su caso, el juicio se abrirá a prueba, concediéndose diez días a ambos cónyuges para ofrecer cada uno las pruebas que estimen pertinentes para probar los hechos narrados en su demanda y contestación, o sea, para probar al juez la existencia o la inexistencia de lo, o las causales de divorcio aducidas.

Caba hacer mención que en materia de divorcio pueden emplazarse los medios de prueba que enumera el artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles, escogiendo los más adecuados según el caso. No debe olvidarse que existen reglas especiales para efectuar el ofrecimiento de cada una de las diferentes pruebas, mismas reglas que se encuentran contenidas en los artículos 291 a 297 del Código citado.

Transcurrido el término de diez días para ofrecimiento de pruebas, el juez debe dictar resolución en la cual determinará que pruebas de las ofrecidas se admiten.

6. - Recepción y práctica de pruebas. En seguida se pasará a la recepción y práctica de las pruebas, exclusivamente de aquellas que hubieren sido admitidas y en cuanto a esta etapa procesal, también hay normas especiales aplicables a cada tipo de prueba. Estas normas se encuentran contenidas en los artículos 309 a 383 del Código Procesal Civil.

Existen pruebas que requieren para su recepción o desahogo, de la celebración de una audiencia, a la cual deberán concurrir los cónyuges, en sus respectivos papeles de actor y demandado, bien sea personalmente, o a través de apoderado legal, además de testigos o peritos si los hubiere. Tal sucede con las siguientes pruebas: confesional, testimonial, pericial y reconocimiento o inspección judicial.

Hay otros tipos de prueba como, por ejemplo, la documental, pública o privada, la consistente en fotografías, copias fotostáticas, etc. Que se dicen quedan desahogadas por su propia naturaleza, es decir, se encuentran ya integradas en el expediente.

De cualquier manera, la audiencia establecida en el artículo 385 del propio Código, debe celebrarse el día y hora que para ese efecto señala el juez que conoce del asunto, iniciándose con la indicación de las pruebas, primero las de la parte actora y después las de la parte demandada.

7. - Alegatos.- Concluida la recepción, admisión y desahogo de las pruebas, establece el artículo 393 del Código de Procedimientos Civiles que el Tribunal dispondrá que las partes aleguen por sí o por sus abogados o apoderados y, concluidos los alegatos, el juez se reservará para dictar la sentencia que proceda.

Para dictar sentencia, el juez deberá valorar las pruebas rendidas en la inteligencia de que, si le quedara duda acerca de algún punto controvertido, podrá en cualquier momento, antes de la sentencia, decretar la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria.

8. - Sentencia (y apelación en su caso). Al dictar el juez la sentencia, si se hubiere probado la o las causales de divorcio en que se basó la demanda, declarará disuelto el vínculo matrimonial, dejando por lo tanto a los exconyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio, y determinará además, lo relativo a la situación de los hijos, de los bienes y al pago de alimentos.

9. - Incidente se sentencia ejecutoriada. Notificada la sentencia, si no fuere apelada dentro de los nueve días que señala la ley, deberá tramitarse el incidente de sentencia ejecutoriada a fin de que, al declararse que la sentencia ha causado ejecutoria, se considere como la verdad legal y se proceda a ejecutarla según términos.

10. - Envío de copia de sentencia ejecutoriada al Juez del Registro Civil. Entre los puntos resolutivos de la sentencia de divorcio se incluye la de enviar al Juez del Registro Civil que corresponda, copia certificada de la sentencia, a fin de que se haga anotación marginal al acta de matrimonio y la inscripción en el libro de divorcios.

4.4 MEDIDAS PROVISIONALES EN EL JUICIO DE DIVORCIO NECESARIO.

Artículo 282 del Código Civil.

Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiera urgencia y sólo mientras dura el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes, conforme a las disposiciones siguientes:

I.- Derogada.

II.- Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles.

III.- Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos.

IV.- Los que estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso.

V.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establezca respecto a la mujer que quedé encinta.

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En efecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos; el juez previó el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.

VII.- La prohibición de ir a un domicilio o lugar determinado para alguno de los cónyuges, así como las medidas necesarias para evitar actos de violencia familiar. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

4.5 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DIVORCIO NECESARIO.

Una vez que la sentencia que decreta el divorcio causa ejecutoria, se inician las consecuencias que trae consigo la disolución del matrimonio. Por consiguiente, estas consecuencias definitivas vamos a dividir en:

1. - Consecuencias en relación a los cónyuges.
2. - Consecuencias respecto de los hijos.
3. - Consecuencias en cuanto a los bienes de los cónyuges.

4.5.1. EN RELACIÓN A LOS CÓNYUGES.

A su vez estas consecuencias las vamos a subdividir:

- A.- En cuanto a la capacidad para celebrar nuevo matrimonio.
- B.- Respecto a la capacidad jurídica de la mujer divorciada.
- C.- Respecto a la capacidad de la mujer divorciada para ejercer el comercio y
- D.- Relativamente a los alimentos, que deberá pagar el cónyuge culpable al inocente.

A.- Capacidad para contraer nuevo matrimonio. A partir de la ley de 1917, al disolver el divorcio el vínculo matrimonial, cada cónyuge ya recobra su capacidad jurídica para celebrar nuevo matrimonio; pero se establecieron ciertas limitaciones en función de la clase que se hubiere obtenido, o para sancionar el cónyuge culpable.

Cabe hacer mención que en el divorcio necesario, si el cónyuge inocente es el hombre, puede inmediatamente contraer nuevo matrimonio una vez que cause ejecutoria la sentencia de divorcio; pero si el cónyuge inocente es la mujer, se le impide celebrar nuevo matrimonio tomando en cuenta la posibilidad de que pudiere estar embarazada, por lo que deberá transcurrir el término de trescientos días que se contarán, no a partir de la sentencia, sino antes, es decir, a partir de la separación judicial que se decreta al presentarse la demanda de divorcio. Como generalmente los juicios de divorcio necesario para llegar a sentencia ejecutoriada, tarda más de un año en su tramitación resultará que cuando se obtenga la sentencia firme, ya la mujer inocente podrá celebrar nuevo matrimonio, por que transcurrió el término de trescientos días a partir de la separación judicial. Si diere a luz a un hijo dentro de éste término,

evidentemente podrá contraer nuevo matrimonio aún cuando no hubiese pasado ese plazo, por que lo que se trata de evitar es sólo una confusión en la paternidad.

Queda por consiguiente explicada la razón de ser, que a primera vista podría parecer injusta de tratar en forma desigual a la mujer y al marido inocente. De ahí que el artículo 269 párrafo I del Código Civil nos diga: "En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio". En relación con el artículo 158 del Código Civil dice: "La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación".

Ahora bien, la manera de contar el tiempo no es desde que se interrumpe la cohabitación de hecho, es decir, de que los consortes quedan separados por mutuo acuerdo, sin que intervenga el Juez, sino que justamente a propósito de determinar la filiación legítima, la ley considera que los términos deben contarse a partir de la separación decretada judicialmente. Dice sobre el particular el artículo 324 Fracción II del Código Civil. "Se presumen hijos de los cónyuges: Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta nulidad del contrato, de muerte del marido, o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

B.- Capacidad de ejercicio de la mujer divorciada. A partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, como en principio se equiparó la capacidad de goce y de ejercicio de la esposa con la del marido, (por causa que se partió de la idea de que no debe haber una diferenciación por virtud del sexo, y que es falso que la mujer, especialmente casada, no esté en condiciones de contraer, de comparecer en juicio, de administrar sus bienes o de ejecutar actos de dominio respecto de los mismos) se dispuso que el matrimonio no afectaría la

capacidad de ejercicio de la esposa. Lógicamente entonces, el divorcio ya no puede en la actualidad producir un cambio fundamental en esa posibilidad jurídica de actuar que tenga la divorciada, tanto desde el punto de vista del derecho civil a contratar, al obligarse, al celebrar actos jurídicos de dominio o administración, como del derecho procesal, para poder comparecer directamente en juicio como actora o como demandada. En realidad, el divorcio produce igual efecto respecto de la capacidad de ambos cónyuges, tanto en la citada Ley de Relaciones Familiares como en el Código Civil.

Dice al respecto el artículo 172 del Código Civil: "El marido y la mujer mayores de edad, tiene capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios, y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos correspondan sin que para tal objeto necesite el esposo, del consentimiento de la esposa, ni ésta de la autorización de aquél, salvo lo que se estipula en las capitulaciones matrimoniales, sobre la administración de los bienes comunes".

C.- Capacidad de la mujer divorciada para ejercer el comercio. La mujer ya divorciada, disuelto su matrimonio, podrá ejercer libremente el comercio. Por lo tanto, una consecuencia del divorcio vincular será que la mujer, al recobrar su capacidad en el orden mercantil, (supuesto que en el orden civil la tiene, no obstante que sea casada), si podrá ejercer el comercio que no pudo desempeñar durante su vida matrimonial, por oposición del marido.

D.- Alimentos del cónyuge inocente. Por lo que hace a los alimentos de la mujer inocente en el divorcio, se imponen aún cuando tenga bienes, y esté en condiciones de trabajar. En cambio, por lo que se refiere a los alimentos del marido inocente, sólo en el caso de que carezca de bienes y este imposibilitado de trabajar, la mujer culpable tendrá que darle esos alimentos.

Sólo esto nos permite explicamos por que todavía en el artículo 288 del Código Civil, se diga: "En los casos de divorcio necesario, el Juez, tomando en cuenta las circunstancias del

caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente. En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito".

4.5.2 RESPECTO A LOS HIJOS

Las dividiremos en tres partes:

A.- Efectos relativos a la legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada, o simplemente separada judicialmente de su marido.

B.- Efectos en cuanto a la Patria Potestad, y

C.- Efectos relativos a los alimentos de los hijos.

A.- Legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada. Al efecto deban distinguirse tres periodos:

I.- Si el hijo naciere dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges.

II.- Si naciere después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes de que transcurran trescientos días de la sentencia de divorcio, y

lii.- Si el hijo naciere después de los trescientos días de que cause ejecutoria la sentencia de divorcio.

I.- Cuando el hijo nazca dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges, conforme al artículo 324 Fracción II del Código Civil, existe siempre la presunción de legitimidad del hijo, de tal manera que el marido no podrá impugnarla, sino demostrando que fue físicamente imposible que tuviere relación sexual con su esposa dentro de los primeros ciento veinte días, de los trescientos anteriores al nacimiento. Esta legitimidad no podrá ser desconocida aún cuando el marido comprobase el adulterio de la madre, y aún cuando ésta reconociere el adulterio y confesarle expresamente que el hijo no es de su marido. En estos casos, la ley exige además, que se acredite que el nacimiento se le ocultó al marido, o bien, que éste demuestre que dentro de los trescientos días anteriores al nacimiento, no tuvo acceso carnal con su esposa. En realidad, esta última exigencia del artículo 326 del Código Civil es notoriamente indebida, porque debe estarse a la regla general del artículo 325 del Código Civil de que bastará que el marido demuestre físicamente que fue imposible que tuviese cópula carnal con su mujer sólo en los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Se manifiesta que esta acción que el marido puede intentar para impugnar la ilegitimidad del hijo que naciere dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial está sujeta al plazo de caducidad de sesenta días que se contarán, si se encuentra presente y tiene conocimiento del nacimiento, a partir de éste. Si se le oculta el nacimiento, a partir del momento en que tenga conocimiento de él, y si se encontrare ausente, a partir del momento en que regresare al lugar del nacimiento y tuviere conocimiento de él. Dice el artículo 330 del Código Civil que comprende no sólo este caso, sino todos aquellos en que el marido pueda impugnar la legitimidad del hijo, siendo por lo tanto aplicable aún durante la vida matrimonial misma y en los casos de divorcio o de nulidad: "En todos los casos en que el marido tenga derecho a contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción dentro de sesenta

días, contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento".

En el artículo 331 del Código Civil, se prevé el caso de que el marido esté bajo tutela, bien por interdicción mental, por privación de la inteligencia, imbecilidad o idiotismo, casos en los que su tutor será el que ejercitará la acción de impugnación de la paternidad. Pero si no la ejercitara, y el marido recobrara la razón, será éste quien podrá intentarla siempre dentro del mismo término de sesenta días que se computará en la forma ya expresada y que determina el artículo 330 del Código Civil. Dice así el artículo 331 del Código Civil, "Si el marido está bajo tutela por cualquier causa de las señaladas en la fracción II del artículo 450, este derecho puede ser ejecutado por su tutor. Si este no lo ejercitara, podrá hacerlo el marido después de haber salido de la tutela, pero siempre en el plazo antes designado que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado al impedimento".

Nuevamente se presenta el problema de que puede declararse que cesó el impedimento y no conozca el nacimiento del hijo, es decir, no basta el hecho de recobrar la razón para que le corra el término de sesenta días, si el nacimiento se le ha ocultado. Deben relacionarse estos preceptos dentro de su finalidad fundamental de que conozca el marido el nacimiento, y no sólo el simple hecho de regresar al lugar o de recobrar la razón.

2. - Se refiere al hijo que naciera después de los trescientos días de decretada la separación judicial. En este caso tendremos que distinguir dos posibilidades: pueden transcurrir los trescientos días sin que pronuncie sentencia de divorcio, o bien, en casos relativamente excepcionales, puede haberse pronunciado la sentencia de divorcio, antes de que transcurran los trescientos días siguientes a la separación judicial. Por lo tanto, cabe la posibilidad de que el hijo nazca después de trescientos días de la separación judicial, pero antes de que se pronuncie sentencia de divorcio. O bien, que el hijo naciera ya después de que se dictó la sentencia de divorcio pero antes de que transcurran trescientos días de que ésta causó

ejecutoria. Para los efectos legales, lo importante es que en este segundo caso no hayan transcurrido en el momento en que el hijo nazca, más de trescientos días de pronunciada la sentencia. Porque la idea fundamental es ésta aún cuando hubo una separación judicial, que normalmente hace presumir que ya no habrá la relación sexual entre los cónyuges, jurídicamente siguen unidos en matrimonio, hasta que no venga la sentencia definitiva y cause ejecutoria. Por lo tanto, si el hijo naciere después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes de que se pronuncie sentencia, evidentemente fue un hijo nacido durante el matrimonio de sus padres. A su vez, si el hijo naciere después de que se pronunció la sentencia, y ya había transcurrido con exceso el término de trescientos días después de la separación, pero no el de trescientos días siguientes a la disolución, que sólo se opera por sentencia, vuelve ese hijo a ser considerado como nacido durante el matrimonio de sus padres.

Ahora bien, en este segundo caso, aunque es verdad que el hijo nació antes de que se pronuncie la sentencia o de que transcurran los trescientos días siguientes a la misma, y por lo tanto, si contare el término a partir de esa sentencia de divorcio, tendría la presunción de legitimidad, no se puede pasar por alto el hecho de que en realidad, al estar separados los cónyuges, no necesariamente puede presumirse que el hijo fue engendrado por el marido, aunque tampoco puede negarse esta posibilidad.

Se considera que la diferencia que existe entre el primero y el segundo caso, es el siguiente: en el primero, el hijo lleva la presunción de legitimidad y, en el segundo, ya el hijo no lleva el pleno derecho de presunción de legitimidad. En el primer caso, el padre tiene que rendir pruebas plenas, absolutas, que demuestren la imposibilidad física de haber engendrado al hijo. Es decir, toda la carga de la prueba la lleva el marido que impugna la legitimidad, y ni la madre, ni el hijo a través de su tutor, tienen que rendir pruebas, y si el marido no lograra probar esa imposibilidad física, la presunción de legitimidad se convertirá en absoluta y el juez declarará que el hijo es legítimo.

En cambio, en el segundo caso, al no existir ya esa presunción de legitimidad, ambas partes están procesalmente en el mismo plano, ambas tienen que justificar: el marido que no pudo engendrar al hijo; la madre, o en su caso el hijo, que si fue engendrado por el marido.

Aquí el juez tendrá que normar su criterio en función de las circunstancias, de los hechos, y de las pruebas que se rindan.

3. - Comprenda a los hijos que la mujer divorciada tuviese después de los trescientos días siguientes a la disolución de su matrimonio. Un artículo general no distingue entre disolución por muerte del marido, por nulidad o por divorcio, sino que equipara la condición jurídica del hijo que nazca después de trescientos días de disuelto el matrimonio, para que cualquiera a quien perjudique la filiación pueda en todo momento, desconocer ésta. Dice al efecto el artículo 329 del Código Civil. "Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación".

En cambio, el hijo que naciera después de trescientos días de disuelto el matrimonio por divorcio o por nulidad, no se encuentra en esa absoluta imposibilidad física de que el marido de la madre lo hubiese engendrado, pero tampoco tiene la presunción de legitimidad. Podrá existir la presunción de hecho, como ocurre en algunos casos de divorcio o nulidad, de que no sólo dentro de los trescientos días siguientes a la sentencia, sino durante años siga existiendo después un concubinato entre los que fueron consortes. Podrá existir cierta posibilidad, especialmente en los casos de nulidad, más que en los de divorcio, de que haya trato sexual entre los que fueron cónyuges. Pero es esta una posibilidad humana que la ley no va a tomar en cuenta como norma para seguir imputando al exmarido el hijo de la mujer divorciada que nació después de los trescientos días siguientes a la sentencia.

B.- Efectos del divorcio en cuanto a la Patria Potestad.

Artículo 283.

La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la Patria Potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar al derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

Nos parece inconveniente darle al juez las más amplias facultades para resolver lo relativo a la Patria Potestad. El legislador debió limitar esas facultades del juzgador.

No dudamos que existan jueces de lo familiar que al mismo tiempo que sabios y peritos en materia familiar, sean de gran calidad humana, honestos, buenos psicólogos, etc.; pero esta conjunción de virtudes no es la regla general en los seres humanos, así sean jueces de lo familiar. Estos funcionarios deben tener indudablemente, un margen de arbitrio discrecional al tomar sus decisiones; pero es preferible, cuando hay norma establecida en una materia, atenerse en principio a ella.

Artículo 285

El padre, la madre, aunque pierdan la Patria Potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

C.- Efectos relativos a los alimentos de los hijos.

El artículo 287 señala que los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

Sergio T. Martínez Arrieta señala que "Cabe entonces la posibilidad frente al inocente y que llegue incluso a desaparecer su obligación si no estuviera en condiciones económicas de suministrar alimentos a sus hijos". (71)

Rafael Rojina Villegas hace mención que el Código Civil alemán faculta al cónyuge culpable para no dar alimentos a sus hijos, si está el inocente en condiciones de darlos, y el salario o ingreso del culpable es lo estrictamente necesario para que subsista. Nosotros a través de la interpretación sistemática y coordinada de diversos preceptos, llegamos a la misma conclusión". (72)

En efecto, si los alimentos deban ser proporcionados según la posibilidad económica del que debe darlos, en el supuesto de que el culpable no tenga esa posibilidad, desaparece su obligación alimentaria, y si el cónyuge inocente está en condiciones de dar totalmente los alimentos de los hijos, entonces la proporción que fija el artículo 287 del Código Civil desaparece, para que él sea exclusivamente el que reporte esa obligación. Además, conforme al artículo 320 del Código Civil cesaría la obligación de dar alimentos en el cónyuge culpable, de acuerdo con la fracción I, es decir, cuando carezca de medios para satisfacerla. Puede ocurrir también que los hijos no tengan necesidades de alimentos de los padres, no por ser mayores de edad, sino porque tienen bienes suficientes, por que estén en condiciones de trabajar y de proporcionar lo necesario para subsistir.

(71) MARTINEZ ARRIETA SERGIO T., *El Régimen Patrimonial del Patrimonio en México*, Editorial Porrúa, S.A., México 1984, pag. 123

(72) ROJINA VILLEGAS RAFAEL, *op. cit.*, pag. 220

4.5.3 EN CUANTO A LOS BIENES DE LOS CÓNYUGES

Estas consecuencias de carácter patrimonial las analizaremos en tres aspectos:

A.- En cuanto a la disolución de la sociedad conyugal.

B.- Respecto a la devolución de las donaciones.

C.- Respecto a la indemnización de los daños y perjuicios que el cónyuge culpable cause al inocente, por virtud del divorcio.

A.- Disolución de la sociedad conyugal.- En el Código Civil, como el divorcio origina la disolución del matrimonio, necesariamente trae consigo la disolución de la sociedad conyugal que se hubiere estipulado entre los consortes. En el artículo 287 del Código Civil se establece: "Ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes, se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges, o con relación a los hijos".

En las capitulaciones matrimoniales deben sentarse las bases de la liquidación de ésta sociedad y, si fueron omisas, se estará a las reglas generales de liquidación de las sociedades civiles. La sentencia de divorcio disuelve la sociedad conyugal, por lo que debe procederse a su liquidación, la que puede ser hecha por los excónyuges, o por un liquidador nombrado por ellos o por el juez, si no hay acuerdo. Como en cualquier liquidación, deben inventariarse los bienes y deudas comunes (no se incluyen los objetos de uso personal y ordinarios de los cónyuges, como los vestidos, el facho, etc.). Terminado el inventario y evalúo de los mismos se pagarán las deudas de la sociedad, y se devolverá a cada esposo lo que hubiera aportado al matrimonio, dividiéndose el sobrante de la forma convenida. Si hubiera pérdidas, se deducirán de lo que cada cual hubiera aportado en proporción a la parte que en las utilidades le hubiera correspondido. Si sólo uno aportó capital, de éste se deducirán las pérdidas.

B.- Devolución de las donaciones.- Los efectos que produce el divorcio respecto a la devolución de las donaciones son:

Artículo 288. - El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Rafael Rojina Villegas asegura que: "La mayoría de los Códigos Civiles hacen perder al cónyuge culpable las donaciones que recibieron del inocente; pero no las donaciones que les hiciera un tercero en consideración al matrimonio".⁽⁷³⁾

En el divorcio, como ya la donación antenuupcial que hizo un tercero o uno de los cónyuges, quedó consumada y por una causa posterior al matrimonio se disuelve el vínculo, ya no se devolverá la donación que hizo el tercero, sino que se aplicará al cónyuge inocente. Es decir, éste no sólo tiene derecho a recuperar lo que había dado en donación prenupcial, sino también a conservar lo que diere un tercero, aun en el caso de que éste hubiese hecho la donación en consideración al cónyuge culpable.

Por lo que hace a las donaciones durante el matrimonio, existe el efecto principal por virtud del divorcio, de volver irrevocable a una donación que podría revocarse en cualquier tiempo por el donante. Sólo la muerte o el divorcio vienen a hacer irrevocable la donación entre consortes; pero el divorcio la hará irrevocable en perjuicio del cónyuge donante, si es el culpable; nunca en perjuicio del inocente. Esto quiere decir que el cónyuge inocente podrá revocar la donación que había hecho el otro, en cualquier tiempo, es decir, antes de la demanda de divorcio, durante el juicio o una vez decretada la sentencia.

(73) *Idem*, pag. 439

C.- Respecto a la indemnización de los daños y perjuicios que el cónyuge culpable cause al inocente, por virtud del divorcio.

Se comprenden en nuestro Derecho los daños y perjuicios de orden patrimonial y moral, en virtud de que se considera que en el divorcio necesario el cónyuge culpable comete un hecho ilícito y como tal obliga a reparar no sólo el daño patrimonial sino moral, siempre y cuando éste no exceda de la tercera parte de aquel.

En este caso es aplicable el artículo 288 que en su último párrafo establece: "Cuando en el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito".

Por disposición expresa del artículo anterior, se considera que toda causa de divorcio que implica culpabilidad del cónyuge se convierte en hecho ilícito, basta conque se causen daños al cónyuge inocente, exista o no la intención en el culpable de causarlos, haya o no culpa, para que tenga siempre este último la obligación de repararlos.

El artículo 288 del Código Civil no hace ninguna distinción entre daños patrimoniales y morales, por ello se debe interpretar en función del artículo 1916 del Código Civil que establece: "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menos cabe ilegitimidad la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzca un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como

extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del Código Civil.

La acción de reparación no es transmisibile a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiera tenido la difusión original.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En la antigua Roma, la Patria Potestad era ejercida por el pater familias, no solo sobre sus hijos, sino también sobre sus nueras y sobre su esposa.

SEGUNDA.- La institución de la Patria Potestad era considerada como un derecho en beneficio únicamente del pater familias; ese poder o autoridad era ilimitado, cruel e inhumano.

TERCERA.- En casi todos los países el ejercicio de la Patria Potestad era concedido únicamente al padre, dejando a la madre en segundo término ya que el hombre se consideraba superior en todos los aspectos.

CUARTA.- En la actualidad, la mayoría de los países latinoamericanos contempla las mismas disposiciones que en nuestro país sobre el tema de la Patria Potestad en cuanto a los deberes y obligaciones sobre quienes la ejercen, en cuanto a los bienes y sus usufructos, a lo que se refiere a la pérdida, suspensión y extinción, etc.

QUINTA.- La Patria Potestad en la actualidad es una institución creada en beneficio de los menores.

SEXTA.- La Patria Potestad es ejercida por ambos padres y a falta de éstos, la ejercen los ascendientes en segundo grado.

SEPTIMA.- La Patria Potestad tiene un carácter temporal, ya que solo se ejerce hasta la mayoría de edad o emancipación de los hijos menores de edad.

OCTAVA.- La Patria Potestad más que un derecho es una obligación o un deber para los que la ejercen.

NOVENA.- La Patria Potestad es irrenunciable.

DECIMA.- La pérdida de la Patria Potestad no exime a los padres de sus obligaciones para con sus hijos.

DECIMA PRIMERA.- El divorcio es la expresión final y legal del fracaso matrimonial que algunas veces es la mejor determinación para evitar daños emocionales y físicos a los hijos.

DECIMA SEGUNDA.- Consideramos que la ley debería de ser mas explícita en cuanto a las causales de divorcio, en las cuales se debería establecer si tienen como consecuencia la pérdida de la Patria Potestad.

DECIMA TERCERA.- El juez de lo familiar debe estudiar todas y cada una de las situaciones que se lleven a cabo en los juicios de divorcio para evitar que los menores estén bajo la custodia de la persona equivocada y éstos sufran alguna lesión ya sea física o emocional.

DECIMA CUARTA.- El bienestar de los menores debe anteponerse a los intereses de los cónyuges.

BIBLIOGRAFIA

- BAQUEIRO ROJAS EDGAR Y BUENROSTRO BAEZ ROSALIA, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Haría, México 1980.
- BATIZA RODOLFO, Las Fuentes del Código Civil de 1928, Editorial Porrúa S.A., México 1979.
- CASTAN TOBEÑAS JOSE, Derecho Civil Español Común y Floral, Editorial Reus, Madrid España 1944.
- CHAVEZ ASENCIO MANUEL F., La Familia en el Derecho, quinta edición, Editorial Porrúa S.A., México 1999.
- COUTO RICARDO, Derecho Civil Mexicano, tomo II, Editorial La Vasconia, México 1919.
- FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO, Derecho Privado Romano, decimacuarta edición, Editorial Esfinge, México 1988.
- GALINDO GARFIAS IGNACIO, Derecho Civil, decimasegunda edición, Editorial Porrúa S.A., México 1991.
- HUGO D'ANTONIO DANIEL, Patria Potestad, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina 1979.
- IBARROLA ANTONIO DE, Derecho de Familia, cuarta edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1981.

- LEMUS GARCIA RAUL, Derecho Romano, Editorial Limsa, México 1984.

- LOPEZ DEL CARRIL JULIO J., Patria Potestad, Tutela y Curatela, Edición Depalma, Buenos Aires, Argentina 1993.

- MARTINEZ ARRIETA SERGIO T., El Régimen Patrimonial del Patrimonio en México, cuarta edición, Editorial Porrúa S.A., México 1984.

- MONTERO DUHALT SARA, Derecho de Familia, cuarta edición, Editorial Porrúa S.A., México 1990.

- PETIT EUGENE, Tratado Elemental de Derecho Romano, decimotercera edición, Editorial Porrúa S.A., México 1992.

- PINA RAFAEL DE, Elementos de Derecho Civil Mexicano, volumen primero, decimaquinta edición, Editorial Porrúa S.A., México 1986.

- PINA RAFAEL DE Y CASTILLO LARRAÑAGA JOSE, Instituciones de Derecho Procesal Civil, decimonovena edición, Editorial Porrúa S.A., México 1990.

- ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, tomo II, Editorial Porrúa S.A., México 1975.

- SANCHEZ MEDAL RAMON, Los Grandes Cambios en el Derecho de la Familia de México, segunda edición, Editorial Porrúa S.A., México 1991.

- VENTURA SILVA GASINO, Derecho Romano, Imprenta Azteca, México 1992.

LEGISLACION CONSULTADA

- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Editorial Sista S.A., México 2000.
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Sista S.A., México 2000.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Sista S.A., México 2000.
- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Sista S.A., México 2000.
- LEY DE ASISTENCIA Y PREVENCION DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, Editorial Sista S.A., México 2000.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

- PINA VARA RAFAEL DE, Diccionario de Derecho, decimosexta edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1989.