

308909
37
24.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

"RESPONSABILIDAD DE LOS ACTOS ILICITOS
DE LOS SUJETOS A PATRIA POTESTAD
Y TUTELA"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MIRTA MARIA MADRIGAL MACIAS

DIRECTOR DE TESIS: DR. ALBERTO PACHECO ESCOBEDO

MEXICO, D. F.

1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios nuestro Señor
y a la Santísima Virgen:

A mis Padres:

Porque de ellos he recibido siempre el mejor de los ejemplos, enseñándome el valor de la responsabilidad, el respeto, la confianza, el amor y la fortaleza en todo momento, sin olvidar los valores morales y la fe que me sostiene; a ellos debo en pocas palabras lo que soy.

A mis hermanos:

Por su apoyo incondicional y porque aún estando lejos estamos siempre cerca.

A mi Tía Herlinda:

Hermana, compañera y amiga. A ella le debo en gran parte la realización de esta Tesis.

A mi tía Elmira:

Por su libertad y forma de ver la vida de esa manera tan especial que tiene, viviendo siempre para hacer felices a los demás antes que a ella misma.

Al doctor Alberto Pacheco Escobedo:

Porque de él aprendí el trato justo y por igual a todos, sin importar clases, razas o idiomas; por ser ejemplo de rectitud, profesionalismo y moral.

Al Lic. Felipe Guzmán Nuñez:

El mejor ejemplo de superación, tenacidad y caridad humana, para quien no existen límites en esta vida, basándose siempre en el amor a Dios.

CONTENIDO

Introducción	1
Capítulo I. Familia	2
La Familia como institución familiar	4
La Familia en el derecho romano	8
Modos de entrar en la familia en el derecho romano:	
1.- Por Nacimiento	9
2.- Por Adopción	10
3.- Convenio in manum	13
Extinción de la patria potestad	14
Extinción de la manus	16
Agnación	17
Cognación	17
Afinidad	17
La Patria Potestad y las Relaciones Patrimoniales:	
Los peculios	19
Clases de peculios	19

Códigos Españoles:

Introducción	22
Fuero Juzgo	24
Fuero Viejo de Castilla	26
Fuero Real de España	28
La Cuarta Partida	32
Ordenanzas Reales de Castilla	38

Antecedentes Históricos de los Códigos

Civiles Mexicanos	39
-------------------------	----

CAPITULO II. PATRIA POTESTAD Y TUTELA

Patria Potestad	45
Conceptos	47
Características	52
Irrenunciable	53
Intransferible	55
Imprescriptible	55
Temporal	56
Excusable	56

Sujetos:

Activos	58
Pasivos	60

Derechos y Deberes sobre las Personas de los Hijos:

Guarda	65
Derecho de visita	67
Naturaleza jurídica del derecho de visita	72
El derecho de visita como derecho-deber, derecho-función	73
Titular del derecho de visita	73
Objeto y contenido del derecho de visita	74

Derechos-deberes, consecuencia de la guarda:

Vigilancia	75
Educación, corrección y ejemplaridad	76
Prestación de servicios	78
Otros deberes-derechos derivados de la guarda	79

Respecto a los bienes del menor:

Administración de los bienes del menor	80
Limitaciones en el derecho de administrar los bienes	82
Usufructo legal	83
Suspensión, pérdida y extinción de la Patria Potestad	85

TUTELA :

Introducción	88
--------------------	----

Concepto	89
----------------	----

Sistemas tutelares:

La tutela como institución familiar	91
La tutela como un cargo de carácter público	91
La tutela de carácter mixto	91
La tutela en el Código Civil para el Distrito Federal	91

Características:

Cargo de interés público	93
Irrenunciable	94
Temporal	94
Excusable	95
Unitario	96
Remunerado	97
Posterior a la declaración de interdicción	97
Removible	98

Sujetos pasivos	99
-----------------------	----

Clases de tutela:

Testamentaria	101
Legítima	102

Dativa	109
--------------	-----

CAPITULO III. RESPONSABILIDAD DE LOS ACTOS ILICITOS

Introducción	111
--------------------	-----

La realidad de cada nueva existencia humana

ante el derecho	111
-----------------------	-----

La minoría de edad	113
--------------------------	-----

Justificación y necesidad del estudio del derecho

de menores	115
------------------	-----

Naturaleza jurídica	116
---------------------------	-----

Presupuestos jurídico-políticos	116
---------------------------------------	-----

Carácter del derecho de menores	117
---------------------------------------	-----

Función del derecho de menores	118
--------------------------------------	-----

Características del ordenamiento jurídico de menores:

Plenitud del ordenamiento jurídico	121
--	-----

Carácter atrayente	122
--------------------------	-----

Justo	122
-------------	-----

La variedad de ordenamientos jurídicos de menores	123
---	-----

Proceso histórico de los ordenamientos jurídicos

de menores	126
------------------	-----

El objeto del derecho de menores	129
--	-----

Las partes en la relación jurídica tuitiva	130
--	-----

El menor como sujeto y objeto del derecho	131
Las relaciones jurídicas de menores	132

La edad de los menores:

Concepto y significación jurídica	133
Naturaleza jurídica del estado de mayor edad	133
Antecedentes históricos	135

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD Y TUTELA. LEGISLACION ESPAÑOLA:

Imputabilidad del comportamiento dañoso aplicado a los incapaces	139
--	-----

Situación después de la reforma del Código Civil en materia tutelar	148
---	-----

Personas responsables de acuerdo con el artículo 1903 del Código Civil:

Padres	148
Otros parientes	152
Tutores	158
Responsabilidad de los que habiendo debido promover la constitución de la tutela, no lo hicieron	158
Tutela institucional	160

Personas por cuyos ilícitos penales o civiles se responde al tenor del artículo 1903 del Código Civil y el artículo 20 del Código Penal:

Emancipados	162
El menor de edad de vida independiente	163
Incapacitados	164

La transformación de la responsabilidad civil

en la jurisprudencia española	165
Conclusiones	168

Legislación Argentina	169
-----------------------------	-----

LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE OTRO EN LA LEGISLACION MEXICANA:

Hechos y Actos jurídicos	171
--------------------------------	-----

Antecedentes Históricos en el Derecho Mexicano	173
--	-----

Código Civil de 1870	173
Código Penal de 1871	173
Personas responsables	176
Código Civil de 1928	176
Elementos de la responsabilidad civil	176

Hecho ilícito	177
Daño	177
Relación Causal	177
No concurrencia de una excluyente de responsabilidad, caso fortuito o fuerza mayor	178
Imprudencia inexcusable de la víctima	178
Ejercicio de un derecho	179
El responsable incapaz	179
Reparación del daño	183
Los derechos de los menores en los documentos	186
Conclusiones	198
Bibliografía	205

INTRODUCCION

Esta tesis está dedicada a los menores, debido a que a pesar de los grandes avances que se han venido dando en nuestra sociedad, el derecho civil de menores no se ha desarrollado al mismo nivel.

Sin embargo, en otros países y específicamente en la legislación española, ya encontramos una protección especial para los menores, es decir, un Derecho de Menores con miras a convertirse en una legislación independiente, que regule única y exclusivamente, todas las obligaciones inherentes a la Patria Potestad, Tutela, Curatela, etc., pero no solo de una manera unilateral por parte de los padres o tutores, sino que además regula los deberes de los hijos o tutelados para con estos, así como las consecuencias de los actos ilícitos cometidos por los menores sujetos a Patria Potestad o Tutela o de los Incapaces.

La finalidad de esta tesis, es llegar a comprender la importancia que tiene el crear una legislación, que proteja a nuestros menores y sobre todo el damos cuenta de que siempre y a pesar de la evolución histórica de nuestra sociedad, estos seres siguen siendo los más desprotegidos.

Esta tesis debería referirse única y exclusivamente al Derecho Mexicano, sin embargo me he visto en la necesidad de recurrir a varias legislaciones y sobre todo a la española, debido a las lagunas jurídicas existentes en nuestro derecho.

La responsabilidad de los actos ilícitos de los sujetos a Patria Potestad y Tutela, es un tema poco estudiado por nuestra doctrina. Nuestras leyes en este aspecto son muy escasas y de poca ayuda, motivo por el cual, es necesario que se llegue a comprender la necesidad que existe de regular esta materia.

CAPITULO I

Familia

Para poder analizar el tema principal de esta tesis, es necesario que estudiemos primero las bases o raíces que darán lugar a la patria potestad y tutela, por lo cual, comenzaré por explicar que es la familia, el parentesco, modos de entrar a la familia, su desarrollo a través de la historia, así de como fue evolucionando la patria potestad. Entendiéndose estos dos primeros capítulos como antecedentes del tercero, en el cual ya entraré en la materia de esta tesis, capítulos anteriores necesarios para entender que es la patria potestad y tutela y así comprender mejor la responsabilidad de los menores o incapacitados por sus actos en derecho actual.

Empezaré por la familia por considerarse el núcleo de la sociedad y ya que de ella se derivan un gran número de relaciones entre los miembros de esta, siendo lo importante de esto, el darnos cuenta de que a través del tiempo estas relaciones han cambiado, pero siempre en protección a los menores o incapaces.

A través del tiempo y según los datos históricos, podemos comprobar que desde que el hombre existe, la familia también. Tal parece que no hay hombre sin familia y que ésta es la agrupación más elemental. La historia se inicia con una familia claramente patriarcal en Oriente Medio, en Grecia, Roma y América con menos autoridad para el padre.

El matiz del patriarcado exagerado o disminuido, viene dado por la mayor o menor consideración que se le da a la mujer y como consecuencia por la menor o mayor importancia al matrimonio monogámico. Esto confirma lo que nos dice la razón: que la familia y el matrimonio son dos

Instituciones naturales, en el sentido que se derivan de la naturaleza humana y por tanto, han estado presentes desde que existen hombres sobre la tierra y seguirán existiendo mientras haya individuos que participen de nuestra naturaleza¹

El grupo familiar doméstico ha existido siempre, pero la familia como tal hace su aparición en la historia más antigua, como un grupo que alrededor de esa sociedad doméstica, ha reunido a personas muy dispares, que se consideran ellas mismas como pertenecientes a la familia. Las leyes positivas más antiguas que conocemos, sancionan como existentes este grupo familiar amplificado.

¹ Dr. Alberto Pacheco Escobedo, La Familia en el Derecho Civil Mexicano, pág. 13, Méx.

La familia como institución natural

La familia es una sociedad natural, es decir que no ha sido creada por el hombre o por el Estado, es anterior a todo orden jurídico y es una de las instituciones que dan razón de ser al derecho.

El Estado y la familia son dos instituciones naturales necesarias para la conveniencia humana. El Estado no crea a la familia ni ésta al Estado, sin embargo, en épocas pasadas en las cuales la población no era tan numerosa, se encontraban familias con una marcada autoridad política. En este sentido sí puede decirse que la familia dió origen al Estado o más bien que en sociedades poco numerosas, una misma persona tenía la potestad familiar y política, necesarias ambas para la pacífica convivencia y plena realización de la persona humana.

Lo anteriormente expuesto es en virtud de que históricamente comprobamos que con frecuencia la familia fue el antecedente inmediato de la autoridad política de la ciudad, y que esta es el antecedente del estado moderno, sin embargo, no quiere decirse que el estado no haya existido en alguna época histórica, sino que en sociedades poco numerosas, el patriarca abarcaba a parientes, esclavos, criados etc, y hacía las veces de autoridad política, comprendiendo en la autoridad familiar las pocas necesidades políticas de una sociedad o grupo en desarrollo.

Se establece anteriormente que tanto la familia como el estado son dos instituciones naturales, por lo que explicaré el motivo de tal afirmación:

Tanto la familia como el estado son indispensables, es decir, requeridos por la naturaleza humana para la pacífica convivencia de la sociedad, ya que como todos sabemos, el ser humano es sociable por naturaleza, por lo que no puede vivir aislado de los demás, es por esto que

nunca ha podido observarse un pueblo sin familias, y tampoco unas familias sin quien los dirija, esto es por la razón de que las dos se necesitan mutuamente para alcanzar sus fines, y por lo que son necesarias e indispensables para el hombre, y las cuales a pesar de los avances económicos, políticos y sociales de todos los países del mundo, siguen subsistiendo por la misma necesidad que tenemos todos de que sigan existiendo.

Sin embargo, los valores que persigue la familia siempre serán superiores a los que persigue el Estado y esto se debe a que la familia pretende la felicidad de cada uno de sus miembros, ya sea física, moral e intelectual y no solo material, social o política como el Estado. Además no debemos olvidar la superioridad ontológica del individuo sobre la comunidad, el individuo tiene fines trascendentales que por su propia naturaleza son superiores a cualquier fin que se proponga la sociedad.

A pesar de que el tema de esta tesis no es el desarrollo del estado y su evolución histórica, es necesario hacer unos cuantos comentarios respecto a la aparición del estado moderno, ya que como he afirmado anteriormente, el estado es una institución natural y no tiene nada que ver con la aparición de los estados modernos, ya que los estados modernos, son el resultado de una organización, desarrollo o evolución en el hombre y las sociedades, ayudados por los factores económicos predominantes en la época, pero el que se le de el nombre de estados modernos por querer referirse a unos cambios tan importantes tanto políticos, económicos, sociales y culturales, no significa que el estado deje de ser una institución natural, porque su creación no es únicamente el resultado militar,

económico, o político, sino que el estado es una necesidad para el cumplimiento de los finales del hombre.

Los estados modernos (antecedentes y su creación):

El punto de vista adoptado por los mejores tratadistas modernos puede decirse que es el de la "teoría histórica o evolucionista del estado", esto quiere que la institución del estado no debe referirse a una época especial en el tiempo, no es el producto de un solo plan o movimiento, no es una invención, es un crecimiento, una evolución, el resultado de un proceso gradual en marcha a través de toda la historia conocida del hombre y que se pierde en el pasado desconocido.

La proposición de que el estado es un producto de la historia, significa que es un desenvolvimiento gradual y continuo de la sociedad humana desde su comienzo duro e imperfecto, pero progresivo, hacia una perfecta y universal organización humana. Es por medio de este desarrollo gradual y progresivo que llegamos al estado moderno, el cual tuvo su aparición con la caída del feudalismo.

El estado moderno aparece aproximadamente en el siglo XIII, con la caída del feudalismo y el fortalecimiento del monarca el cual era el mayor opositor del feudalismo, y lograr obtener su fortaleza con la ayuda de los burgueses, esa burguesía europea que sería el aliado más fuerte del monarca para acabar con el feudalismo.

El feudalismo no termina a un mismo tiempo en todas las regiones europeas, las primeras fueron España y Francia y un tiempo después Alemania e Inglaterra, ya que el feudalismo apareció tardíamente en estas regiones y por lo tanto su cambio a estado moderno también (siglo XIX)

Otras características del este moderno fue la gran actividad económica, la clase burguesa revoluciona la vida social, económica etc., Se fundan ciudades, los castillos son la base para las urbes, se crean universidades etc, se crea un derecho mercantil europeo general, se empiezan a crear normas marítimas fundamentales para regular todo el comercio marítimo, por la importancia de este.

Una vez establecido esto, pasaré a explicar como se empezó a conformar la familia desde los primeros tiempos.

DERECHO ROMANO

La Familia en el Derecho Romano

Antiguamente los romanos llamaban familia a un cuerpo social totalmente distinto al concepto de familia que nosotros tenemos actualmente. Así, la familia romana era considerada como "El sometimiento de todos los miembros a la misma autoridad (manus potestas) -de un jefe-paterfamilias, señor o soberano de la familia, y no padre de familia"²

Así el pater familias tenía el poder absoluto sobre todos los miembros de su familia; sobre la mujer, -manus o potestas maritalis-, sobre los hijos -patria potestas-, sobre los esclavos -dominica potestas- y sobre los hijos de otros entregados en venta -mancipium-.

El pater familias tenía con respecto a los individuos libres y no libres de su casa, el derecho de vida y muerte, así también como exponer y vender a los miembros de la familia (ius exponendi y ius vendendi).

En la antigua familia romana, no era posible considerar ningún tipo de derecho privado entre el pater familias y las filius familias (entendiéndose a estos como sometidos a un pater y nunca como procreados). Era un derecho absoluto del padre sobre todos los miembros de su familia sin concesión alguna.

Posteriormente y con la intervención legislativa en el siglo I de Cristo, ya se podían emancipar a los filius maltratados³ *Se castiga al

² Juan Iglesias, Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado, págs. 547 y ss. 1982, Barcelona, cita Digesto. 50,16, 195,2

³ El Digesto de Justiniano Trad. Castellana D'ors Hernández Tejero, Fuenteseca, García, Garrido y Burillo. 37, 12, 5. Pamplona 1968-1976

padre que mata al hijo⁴ y Justiniano permitió la venta del hijo en caso de extrema necesidad⁴.

Es decir, ya se comenzaba a limitar de alguna forma ese derecho absoluto que el pater familias tenía sobre los hijos.

Para poder comprender el porque de los derechos absolutos del pater para con los miembros de su familia, habría que explicar antes que nada la forma o modos de entrar a la misma.

MODOS DE ENTRAR EN LA FAMILIA EN EL DERECHO HUMANO

1. Por nacimiento:

Es el modo normal de entrar en la familia siempre y cuando el concebido fuera procreado en iustae nuptiae (durante el matrimonio) por el pater familias o bien por cualquier individuo varón de la familia⁵.

Así, el hijo concebido en iustae nuptiae, se dice que es iustus y se le consideraba así siempre que hubiera nacido después de los 182 días de la celebración del matrimonio o antes de los 300 días de la disolución del mismo⁵.

⁴ Ifrm. 58, 9, 5.

⁵ Solazzi, Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico 7, págs. 131 y ss. 1956, Lan Franchi, Archivio Giuridico "Filippo Serafini" 175 págs. 262 y ss. 1968. Fura Rivista Internazionale Dirrito Romano e Antico Nápoles, cita Digesto 2, 4, 5, Juan Iglesia, Derecho Romano, Barcelona 1982.

⁶ Digesto 38, 16, 1, 11.

Otra forma de entrar en la familia es la adopción.

2. Adopción:

Es el acto jurídico por virtud del cual un extraño ingresa como filius en una familia. Según que el adoptado sea un alieni iuris o un sui iuris⁷.

Podemos distinguir la adopción en dos formas:

- Por rescripto del príncipe. (Adrogatio)
- Por intervención del magistrado (Adopción propiamente dicha).
 - a) Este tipo de adopción se podía dar únicamente sobre hombres y mujeres libres, es decir, sui iuris y se le conoce con el nombre de adrogación (adrogatio).

La adrogatio implica la absorción de una familia por otra.

El adrogatus, sujeto sui iuris, sufre una capitis diminutio, que lo convierte en alieni iuris. El arrogado así como los individuos sometidos a su potestad, entran bajo el poder paterno del arrogante que adquiere también su entero patrimonio -sucesión universal Intervivos⁸.

Las mujeres no podían ser arrogadas⁹, ya que ni la muerte de su pater familias las libraba de seguir en la condición de filiae familiae y cuando

⁷ Juan Iglesia, Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado págs. 553 y ss. Barcelona 1982, cita a Bergmann, Piteurno, Monier, Albertario.

⁸ Gayo 1, 107, 3, 83, Juan Iglesia, Derecho Romano, cita Torrent Revre Internazionale des Droits de l' Antiquité, 14, 1967 págs. 44 y ss.

⁹ Gellio 5, 9, 10, Juan Iglesias, Derecho Romano págs. 555, Barcelona 1982.

esta potestad cedió paso a la tutela, era considerada la mujer como *impuber*. La arrogación de las mujeres se da en la época postclásica.

La arrogación está sujeta a varios requisitos más precisos y seguros que los exigidos para la adopción. El arrogante debe restituir el patrimonio al arrogado en el caso de que lo emancipara, el arrogado tenía derecho a la cuarta parte de los bienes del arrogante. Pero para el caso de que hubiara sido emancipado o desheredado sin justa causa, debería restituirse el patrimonio a los herederos que hubieran tenido que haber muerto *siu iuris*.

Posteriormente en la última época se dan otra serie de requisitos como:

1. El consentimiento del arrogado.
2. Que al arrogante tuviera cuando menos 60 años cumplidos.
3. No podría ser el arrogado salvo excepción de mejor posición económica.
4. No le estaba permitido arrogar a más de uno.

Por otra parte, al arrogante no respondía de las deudas del arrogado, salvo las hereditarias, pero para este caso el Pretor concedió a los acreedores una acción contra el *arrogatus*, con la ficción de que no hubo pérdida de Estado (*rescissa capitis deminutione*) y si éste no se defendía se vendían todos los bienes que la hubieran pertenecido. Además se confirió la *actio de peculio* contra el arrogante.

- b) **Adoptio**. Es un acto jurídico creado por vía de interpretación. Apoyándose en un texto de las XII tabas que proclamaba la libertad de filius vendido por 3 veces. El pater puesto de acuerdo con un tercero, vende el filius por 3 veces consecuti-

vas con el *pactum fiduciae* de manumitirlo, como consecuencia de las 2 manumisiones hechas en la forma de *vindicta* que siguen a las 2 primeras ventas, el *pater* recobraba la potestas sobre el *filius*. A la tercera venta no le seguía una manumisión más, porque quedaría emancipado, sino una *remancipatio* al *pater*, contra el cual formulaba luego el adoptante una imaginaria reivindicación del *filius* como *proprio vindictio in patriam potestatem* dado que la adopción se verificaba *in iure* ante el Pretor en Roma o ante el gobernador en las provincias.

Por otra parte, para dar en adopción un hijo o un nieto era suficiente una *soia mancipatio paterna* (pero en ningún caso, le estaba permitido a las mujeres el ejercicio de la *Patria Potestad*).

Con la adopción, el adoptado se desligaba de la familia originaria y se unía a la nueva familia en nombre, agnación, religión, etc. El adoptante debía ser siempre mayor al adoptado.

En la época Justiniana la adopción se simplificó, el adoptante, adoptado y el padre acudían ante la autoridad judicial competente, tomándose nota de la declaración concorde del antiguo y del nuevo *pater*, y bastaba con que el adoptado no contradijera¹⁰, y además era necesario que el adoptante tuviera cuando menos 18 años más que el adoptado¹¹.

¹⁰ *Codex Iustinianus*, rec. Krueger, Berlín 1877. 8, 47, (48). Juan Iglesias, *Derecho Romano*. pág. 555. Barcelona 1982.

¹¹ *Institutiones Iustiniani* 1, 11, 4, cita Biandi *Diritto Romano Cristiano* 3 pág. 66 y ss. Milán 1951

Justiniano distinguió 2 clases de adopción:

1. Plena. Que producía los efectos de la clásica.
2. Minus plena. El adoptado quedaba bajo la potestad de su padre natural y solo se le otorgaba el derecho de sucesión legítima sobre los bienes de su adoptante¹². (Esta sí era permitida a las mujeres).
3. **Convenio in manum**

Una tercera forma de entrar en la familia, era el Convenio in manum; y es el acto por el cual ingresaba la mujer en la familia originaria del marido, rompiendo todo lazo con la familia originaria. Esta podía tener lugar de 3 modos: farreo, coemptio y usus.

1. Confarreatio: era una ceremonia religiosa celebrada ante dos testigos y el sacerdote de Júpiter, en la cual la ofrenda era un pan de trigo.
2. Coemptio: compra fingida de la mujer en la forma de mancipatio.
3. Usus: era la usucapción o adquisición por la posesión aplicada a este caso.

El marido podía adquirir la manus cuando ejercía esta potestad a lo largo de un año.

A este respecto, Juan Iglesias comenta lo siguiente:

"Bajo la presión de las nuevas concepciones sociales, la conventio in manum desaparece totalmente en el siglo III de Cristo. Su desaparición trajo como consecuencia, el que la mujer perteneciese a una familia distinta, de la del marido y de los propios hijos, pero comenzó pronto a afirmarse

¹² (Esta sí era permitida a las mujeres).

su condición de esposa, señalándose a su favor un derecho de sucesión y de alimentos¹³

Como se ha visto anteriormente, el vínculo familiar se rompe por la adopción y por la conventio in manum. Las situaciones siguientes que pasaré a mencionar, no determinan el ingreso a una nueva familia, sino la constitución de la persona en cabeza independiente, éstas han sido clasificadas dentro del derecho romano, como extinciones de la patria potestad y de la manus:

Extinción de la Patria Potestad

1. Muerte o capitis diminutio - máxima o media del que ejerce la patria potestad.
2. Capitis diminutio - máxima o media del filius.
3. Emancipación que opera capitis diminutio mínima del filius.
4. Entrada en el sacerdocio -flamines dales vestales- en la época pagana y exceso a la dignidad de obispo, en el Derecho Cristiano¹⁴
5. Colación de la dignidad de patrio y nombramiento de consul, prefecto del pretorio, praefectus urbi, magister militum, en la época Justiniana¹⁵

¹³ Juan Iglesias, Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado, pág. 558. Barcelona 1982.

¹⁴ Novellae Iustiniani 81, 3.

¹⁵ Codex Iustinianus 12, 3, 5, Institutiones Iustiniani, 1, 12, 4, Novellae Iustiniani 81.

6. Exposición del hijo y prostitución de la hija¹⁴
7. Celebración de un matrimonio incestuoso por parte del padre.

En la época antigua y clásica, la emancipación era un acto de liberación de la patria potestad, según la voluntad del pater y de conformidad con el procedimiento creado por la jurisprudencia pontificia para llevar a cabo la adopción. El pater lo emancipa 3 veces a persona de confianza con el encargo de manumitirlo. La tercera manumición llevaba consigo la adquisición de la libertad, pero el manumisor adquiría el derecho de patronato sobre el filius, así como la tutela si éste es impuber¹⁵. Sin embargo y a pesar de lo anterior, le era dado al pater la facultad de evitar estas consecuencias, haciéndose remancipar al filius tras la tercera venta para ser él quien luego lo manumitiera.

Por otra parte, se consideró que para la emancipación de las mujeres y de los nietos fuera bastante una sola emancipatio. (P. Lips Inv. N. 136 del siglo iij).

Posteriormente a la época clásica, aparece la emancipación Anestaciana que tenía lugar por rescripto del príncipe y era aplicable en ausencia del hijo¹⁶ y cuando fuera infans.

¹⁴ Codex Iustinianus 8, 51, 52, 2c, 11, 41, 40, 6c, 1, 4, 12. Novellae Iustiniani 12, 2.

¹⁵ Gallo I, 166a. Juan Iglesias Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado pág. 559. Barcelona 1982.

¹⁶ Codex Iustinianus 8, 50, (49), 5 del año 502.

La emancipación era un acto dependiente de la voluntad del padre, pero habían casos en los cuales podía ser obligado a emancipar:

1. Cuando el padre maltratará a los hijos¹⁹
2. Cuando el impuber que fue adoptado, se hubiera hecho puer y deseara ser emancipado²⁰.
3. Cuando la emancipación del hijo, figuraba como condición en una disposición testamentaria otorgada a su favor²¹.

A este respecto, Juan Iglesias comenta lo siguiente:

“En virtud de una disposición introducida por Valentiniano, es dable revocar la emancipación, cuando el que adquirió la libertad, tiene comportamiento ingrato²².”

Extinción de Manus

La manus podía disolverse por differreatio, que era una ceremonia igual a la conferreatio pero de efecto contrario, o por la venta fingida de la mujer a un tercero, o a la persona bajo cuya potestad se encontraba con

¹⁹ Digesto 37, 12, 5

²⁰ Idem 1, 7, 32-33.

²¹ Idem 35, 1, 92

²² Codex Iustinianus 8, 50, (49), 1. Del año 367. Juan Iglesias, Derecho Romano pág. 560, Barcelona 1982.

anterioridad al matrimonio, que posteriormente la manumitia -remancipatio-, dimissio ex manu²³.

Existen otras formas de entrar en la familia, diferentes a las vistas anteriormente, éstas se refieren a los vínculos establecidos entre personas que no necesariamente pertenecían a la familia en algún grado consanguíneo, y éstas son:

Agnación, Cognación y Afinidad

1. **Agnatio**: era el vínculo jurídico que unía a los parientes por línea masculina -todos los que se encontraban bajo la potestad de un pater o que se hubieren encontrado si no hubiera fallecido.
2. **Cognatio**: vínculo de sangre que unía a las personas descendientes de un tronco común y podía darse en línea masculina como femenina.

De ordinario agnatio y cognatio se daban coincidentemente entre sí, así los hijos de un pater familias podían ser entre ellos agnati y cognati respectivamente. Pero para la mujer in manum, ésta era cognata respecto de su familia originaria y agnata con respecto a la de su marido.

3. **Afinidad**: era la relación que mediaba entre un cónyuge y los cognati del otro cónyuge²⁴.

²³ Gayo 1, 137, Festo zss 67, pág. 492 y ss (1950) Schaub zss: Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung Weimar, Juan Iglesias, Derecho Romano pág. 560, Barcelona 1982.

²⁴ Digesto 38, 10, 4, 3.

La familia está compuesta de ascendientes, descendientes y colaterales.

Ascendientes y Descendientes: forman la línea recta, la de personas que descienden unas de otras, ejemplo: padres, hijos, nietos.

Colaterales: es la que une entre sí a los descendientes de otro pariente común, ejemplo: primos.

En ambas líneas el grado de parentesco se determina haciendo el cómputo de las generaciones: Tot gradus quot generationes.

La cognatio se distingue en natural y civil ya sea que estén unidos por vínculos de sangre o por adopción. Gayo llamaba cognatio legítima al parentesco establecido por líneas de varón, es decir, agnatio.

Así, los padres son parientes en primer grado de sus hijos y en segundo de sus nietos; los hermanos son parientes en segundo grado, el sobrino y tío en tercero, los primos en cuarto grado²⁵.

Una vez establecido cuales son las formas de entrar en la familia, pasaré a explicar la relación entre el pater familias y los peculios de los hijos, esto debido a que el tema principal de esta tesis, es la forma en la cual los padres responden por los hechos ilícitos de sus hijos y que en último de los casos se traduce en un contenido patrimonial.

²⁵ Idem. 38, 10, 1, 1.

LA PATRIA POTESTAD Y LAS RELACIONES PATRIMONIALES

"Los Peculios"

Titular de derechos patrimoniales, sólo podía serlo el pater familias²⁶.

Así, todo cuanto el hijo adquiriera ya fuera por negocio que hubiera hecho, por disposiciones de terceros, o por actos mortis causa, pasaba a formar parte del patrimonio del pater.

Con el paso del tiempo la originaria incapacidad del filius por poseer un patrimonio, decayó al afirmarse el régimen de los peculios. Entendiéndose ya a estos, como pequeña suma de dinero o una pequeña masa de bienes concedida por el pater al filius, en goce y administración²⁷. (Y también al esclavo). El filius ya podía disponer libremente del peculio pero no donarlo²⁸. Pero dicha concesión se entendía revocable en todo momento²⁹, ya que a la muerte del filius retornaba automáticamente el pater.

Clases de peculios

1. Epoca de Augusto: peculium castranse: los bienes que adquiriera siendo soldado, podía manumitirlos y hacer donaciones mortis causa.

²⁶ Idem. 41, 1, 10, 1

²⁷ Idem. 15, 1, 5, 3

²⁸ Idem. 39, 5, 7.

²⁹ Idem. 15, 1, 4.

2. Constantino: 1) peculium quasi castrense: como funcionario de la corte imperial, 2) peculium adventicium.

Los adquiridos de la madre -bona materna- ya sean por herencia testamentaria o legítima, el pater era formalmente propietario de los bienes pero se le prohibía la libre disposición.

En el derecho Justiniano: triunfó la idea de que la propiedad, era del filius y el pater un simple administrador y usufructuario. Solo pertenecían al pater los procedentes del mismo pater, o los adquiridos con medios suministrados por él.

Existen algunos casos en los cuales no se le concedía al pater la administración y el usufructo (peculium adventicium) de los bienes del hijo:

1. Concesión al filius de un legado o de una donación bajo la condición de que el pater quedara excluido del goce³⁰.
2. Adquisición de una herencia por el filius contra la voluntad del pater³¹.
3. Imposibilidad legal por parte del pater para adquirir.
4. Llamamiento conjunto de pater y filius a suceder ab intestato en la segunda clase de herederos (Formada por los ascendientes de grado más próximo), los hermanos y las hermanas³². En este caso se hablaba de peculium adventicium Irregularis.

Una vez explicado en que consiste la familia y como se empezó a conformar desde los primeros tiempos, pasaré a explicar como comenzaron

³⁰ Novellae Iustiniani. 117,1

³¹ Codex Iustiniani. 6, 61, 8, 1.

³² Codex Iustinianus. Fragmenta Institutiones Iustiniani 118,2.

a regularse las relaciones paterno filiales en el derecho Español, para concluir posteriormente con la Legislación Mexicana.

CODIGO ESPAÑOLES

Introducción

Hablar de la importancia de los códigos Españoles en el derecho español no es tarea fácil, ya que son muchos los historiadores del derecho que han realizado estudios muy amplios sobre ellos, por lo que yo trataré de hacer un breve estudio, de aquellos códigos que influyeron en la Nueva España y concretamente en México, en las primeras décadas del siglo XIX. Todo esto en lo que se refiere al tema de esta tesis.

De los códigos Españoles, el que contiene "Las Leyes más antiguas de que se hace memoria en España", es el Liber Judicum, (fines del siglo VII o principios del VIII) versión latina del Codex Visigothorum.

Joaquín Francisco Pacheco, autor del estudio preliminar al Código Visigodo en la obra los Códigos Españoles, señala que este código nunca se derogó y que en fecha tan reciente como en 1778, existía una cédula que obligaba a los tribunales de un caso X a someterse a lo dispuesto por el Fuero Juzgo (traducción del Liber, hecha hacia la mitad del siglo XII) en tiempo de San Fernando Rey de Castilla y León). Sus disposiciones en todo caso se tornaron anacrónicas e impracticables, pero no dejaron de estar en vigor. Las mismas Partidas en algunos casos tuvieron que dejar lugar al Fuero Juzgo.

Al Fuero Juzgo le sigue, el Fuero Viejo de Castilla realizado por el cábete Conde de Castilla, Don Sancho García, sin embargo, la versión que conocamos y que se encuentra recopilada en los Códigos Españoles, ha sido objeto de muchas

variaciones que se le atribuyen al rey don Pedro y datan de 1356. Esto lo hace posterior a la edición del Fuero Real por Alfonso X (1255), a las Partidas e Incluso al Ordenamiento de Alcalá.

El Fuero Viejo es conocido como un código legal, único y general a toda Castilla Vieja.

Desde la época de don Alfonso el Noble (muerto en 1207), se pidió que se reunieran los fueros para corregirlos y enmendarlos, esto no se pudo realizar por las guerras de las épocas. Es hasta el tiempo de Alfonso el Sabio (1284), que se trata de poner en vigor el "Fuero Real" (su antecedente el viejo), que tendría que unificar todas las leyes para que desapareciera los fueros municipales. Se hace en 1255, pero no todas las provincias lo aceptaron.

Las partidas representan la culminación de toda esta actividad jurídica. En cuanto a la fecha de publicación, todos coinciden en atribuírsela a Alfonso X el Sabio, pero no están de acuerdo en cuanto a la fecha de la primera edición.

En términos generales, éstos son los ordenamientos castellanos que sobrevivieron hasta el último tercio del siglo XIX. El texto más utilizado fue el de las partidas.

También son muy numerosas las referencias a la "Recopilación de Castilla de 1567" y finalmente a las leyes de Indias de 1680.

Fuero juzgo

En su título III inciso III, nos dice lo siguiente con referencia a la guarda ejercida por la madre:

"Si el padre fuere muerto, la madre deve aver los fijos de menor edad en su guarda, si ella quisiere e' si se non casare, assi que de las cosas de los fijos faga un escripto.

E si la madre quisiere casar, e' alguno de los fijos fuere de edad XX annos fasta XXX este deve aver los otros hermanos e' las sus cosas en guarda, e' non las dexar ennalienar ni perder a ellos ni a otrí. E si por ventura alguna cosa endere diere, o' vendiere o' perdriere por su negligencia todo lo deve entregar de su partida.

E si los hermanos non fueren de tal edad o' de tal discreción que devan a ver los otros en guarda, entonze el tío o el fijo del tío deve a ver la guarda dellos en tal manera cuemo diximos del hermano. E si el tío o' el fijo del tío non es tal, que lo deva aver, entonze el juez lo de a' alguno de los otros parientes*.

Como nos podemos dar cuenta, existía mucha protección hacia los huérfanos, la madre era la obligada a ejercer la guarda de los hijos mientras no se casaran, así también como de rendir cuentas de los bienes que el padre hubiere dejado al huérfano.

Existía la preocupación de los jueces de no dejar desamparado al huérfano, ya que si su madre también moría, se le buscaba el pariente más próximo y más adecuado para ejercer la guarda y en caso de que no existiera alguno, el juez nombraba un guardador para él, esto se asemeja a la Patria Potestad (Madre) y tutela actual.

En este mismo ordenamiento, en su Ley IV, nos habla de como debe cuidarse al menor y a sus cosas mientras son pequeños y hasta alcanzar la edad adecuada para defenderse a sí mismos. De las obligaciones por parte de sus guardadores para proteger y defender sus bienes y de las cuentas que deben de rendir éstos por su función, esto es:

"Porque los huérfanos mientras que son pequeños no pueden defender sus cosas ni a sí mismos derecho es que sean en guarda dotri fasta tiempo establecido.

Más porque algunos defendedores los engañan por fagamiento o' por miedo, e'fazenles dar recabdo, que les non demanden razón de sus cosas, o' los fazen ende fazen algun escripto que nungua les fagan nenguna demanda, por ende mandamos esto guardar en todas maneras, que si los huérfanos fueren en menor edad aunque ayan mas de XIV. Anos cumplidos si los defendedores los an en poder a'ellos o'a sus cosas, qualquequier que fagan fazer de demanda o'de quitamiento o'de abenencia que faga fazer el defendedor por éi o' por otri, non vala esto nada, ni aya nenguna fuerza; e' quando viniere el huérfano que aquei a en guarda, quando fuere en tal edad que deve aver sus cosas en poder, entonz el defendedor ante el abispo o' anteí juez dá razón de todas sus cosas al huérfano, e'reciba dél escripto, que non ge lo demandade más."

Fuero viejo de castilla

Introducción

El Fuero Viejo de Castilla tiene en sí mismo tanta recomendación, que por sus circunstancias se hace sin duda el código legal más respetable de la España.

Las muchas variaciones y aumentos que ha tenido desde su primera formación, hasta el estado actual (1847), en que se dió a la luz arreglado a la última Recopilación de Fueros Castellanos, que hizo el rey Don Pedro en el año de 1356, hacen que se consideren como un nuevo código, compuesto no solo de aquellas sus leyes primitivas, sino también de las que se añadieron posteriormente hasta el expresado Rey, comprendidas o no en las varias colecciones de Leyes de Castilla, que en este intermedio formaron los soberanos de esta corona³³.

En este ordenamiento podemos encontrar cómo en esa época al igual que en la actual, los parientes más próximos tenían la obligación de recoger y cuidar a los huérfanos. Por eso transcribo el párrafo I de dicho ordenamiento que dice:

"Quando ome, o muger muere a deja fijos chicos que non sean de edad, e dexaios el padre, o la madre credit o mueble, devenios tomar los parientes mas propinquos a ellos, e sus bienes deven ser arrendados a quien mas diere por ellos.

También nos establece el citado ordenamiento, que en el caso de que alguna persona quisiera demandar a algún huérfano tenía que ser llamado el pariente más próximo, y así nos dice: "Aue si algunos guerfanos

³³ Los O. O. O. Ignacio Jordán De Asso y O. Miguel de Manual y Rodríguez. Los Códigos Españoles, Tomo primero. Madrid 1847.

que non an tiempo, algund ome les quisier facer alguna demanda, deve ser llamado el mas cercano pariente, si ouir tomado lo de los guerfanos anci como es derecho, e deve aquel recabdar e reconar por ellos".

Fuere real de españa

Introducción

Con la restauración de la sociedad española y con los elementos con que se verificaba, no podía menos que nacer la legislación local, consignada en los fueros de las distintas comunidades.

No servía ya para aquel pueblo, el Código de la Monarquía Goda, y no era aún ocasión de que naciese otro general cuando el país estaba tan fraccionado, cuando nada era en el común y uno. La aparición de las cartas locales, no fue un hecho accidental, sino necesario. Eran muchos los estados cristianos de la Península y aún en cada cual de ellos, cada localidad tenía sus intereses y sus condiciones.

Más esa situación era transitoria. El agrupamiento y la unidad habían de venir necesariamente.

Las leyes eternas de la geografía habían de hacer de varios estados uno solo, las leyes eternas del orden y de la civilización, habían de uniformar las diversas partes de cada Estado. Era forzoso que tras de las legislaciones locales viniese la legislación común, que tras de los fueros viniese la legislación común, que tras de las villas viniese el Rey¹⁴.

Libro III título VII De Alfonso IX De la Guarda de los Huérfanos y de sus Bienes.

¹⁴ Idem.

El citado ordenamiento en su ley I nos dice lo siguiente:

"Todo home que hubiere de guardar huerfanos, e sus bienes, debe ser de veinte años ai menos, e debe ser cuerdo, e' de buen testimonio, e' abonado: e' si tal no fuere, no puede guardar a ellos, ni a sus bienes".

Es decir, este ordenamiento nos dá a conocer, cómo se encontraba reguiada la tutela en esta época en España, conuerda con esta ley, la ley 4 del título 16 de la 6 Partida ai decimos: "El que hubiere de ser guardador se de veinte y cinco años, que sea varon, e' no hembra, excepto en ciertos casos. Item, que no sea mudo, ni sordo, ni desmemorado, ni de malas mañas, ni pródigo".

Como puede notarse la 6ta. Partida nos habla de 25 años como requisito para ser guardador, mientras que el Fuero Real, nos habla de 20 años; además la 6ta. Partida podría servir como complemento de la Ley I del Fuero Real, ya que hace hincapié en los casos en los cuales la persone no podía ser tutor de los huérfanos.

Ley II: Si algunos huérfanos que sean sin edad fincaren sin padre o sin madre, los parientes más propinquos que hayan edad o saan para ello, reciban a ellos, e a todos sus bienes, delante el Alcalde, e delante hombres buenos, por escripto, éguardenlos hasta que los huérfanos vengan a edad: e' si no hubieren parientes que sean para élo, el Alcalde de los a guardar con todos sus bienes e' algún home bueno, e' tenga los asi como es sobre dicho: e' quien quier que los tenga, mantengalos de los frutos, e' tome para sí el diezmo de los frutos por razón de su trabajo; e' quando viniere a' edad dexeles todo lo suyo ante el Alcalde, por el escripto con que lo recibió e' déles cuenta derecha de los frutos que ende recibió.

Es decir, aquí nos hace alusión a la obligación de los parientes más cercanos para hacerse cargo de los huérfanos, con todos los derechos y obligaciones que encontramos en la tutela actual.

En esta misma ley, encontramos claramente la obligación de estos tutores, a responder por todos los daños ocasionados al patrimonio del huérfano.

'E' si alguna demanda ficiere a los huérfanos o' ellos hubieren a' demandar a' otri, aquel que los tiene en guarda puede demandar, e' responder por ellos; y lo que ficlere vala, fueras si lo ficiere con engaño, o' daño de ellos; e' si por su negligencia, o' por su culpa algún daño recibieren los huérfanos en sus bienes, sea tenuto de gelo pechar: e' si los huérfanos algún Pleyto le ficiere de su daños por alguna guisa, mentra los tuviere en su poder, no vala; e' si después que fueren de edad les tuvieren sus bienes o' alguna cosa de ellos, respondales sobre ellos quando quier que gelos demandaren, e' no se puede defender por año, e' día: quando el padre, o' la madre murieren, e' los hijos fincaren, entren los hijos en los bienes del muerto, o' otros herederos derechos, si hijos no hubieren".

Es decir, los tutores tienen la obligación de responder por los bienes de los huérfanos a su guarda, ya sea por las demandas hechas a los huérfanos o las que ellos tuvieran que hacer para defender los intereses de éstos.

La Ley III nos habla acerca de la tutela por la madre mientras permanezca sin casarse: "Si el padre muriere e' fijos del fincaren sin edad, la madre, no casando, toma a' ellos, e' a' sus bienes si quisiere, e' tengalos en su guarda fasta que sear de edad: e' los bienes de los hijos recíbalos por escrípto ante los parientes más propinquos del muerto y delante alguno

de los Alcaldes; e' si la madre se casare, no tenga más a' los fijos, ni a sus bienes en guarda*.

Es decir, si la madre llegare a casarse, dejaría de ejercer la tutela sobre sus hijos y los bienes de estos, los cuales pasarían a la guarda de los parientes más próximos.

La ley anterior concuerda con la Ley 5 de la 6 Partida, título 16 que manda, que si la madre se casare teniendo sus hijos en guarda, que el Juez, de lo tal acaesclara debe tomar los mozos, a' darlos a un pariente el más propinquo, que sea hablie, a' suficiente; e' manda el tal Juez a' la madre que de razon, e' cuenta de los bienes: e' los bienes della, y del marido que con ella se casó, estén obligados a' dar la dicha cuenta, e' a pagar lo que le alcanzaron.

La cuarta partida

Título XVII

En este ordenamiento ya encontramos regulada la Patria Potestad, cosa que no ocurría en los ordenamientos ya mencionados, los cuales se limitaban a hablar acerca de la tutela.

Ya encontramos regulado el poder del padre sobre los hijos, y la forma en la cual se les debe criar y educar, así también, de cuales son las razones por las que el padre puede vender a sus hijos, cosa que en la actualidad sería una causa para la pérdida de la patria potestad.

En esa época se entendía que los padres tenían poder sobre los hijos por razón natural y por derecho, debido a que los hijos habían nacido de ellos y que por lo tanto, también heredarían de ellos.

LEY I. Que cosa es el poder que ha el padre sobre sus hijos.

Patria Potestad en latín, tanto quier dezir en romance, como el poder que han los padres sobre los hijos.

E este poder es un derecho atal, que han señalamente los que biven, e se judgan segund las leyes antiguas, e derechas, que fizieron los filosofos, e los sabios con otorgamiento de los Emperadores.

Pero este poder que tenían los padres, no era únicamente sobre sus hijos, ya que la citada ley establece que este poder, será ejercitado también sobre sus nietos, aunque muy rara vez se pudo comprobar la potestad sobre los nietos, ya que los hijos que se casaban salían de la potestad de sus padres conforme lo establecían las Leyes 47 y 48 de TORO, que son la Ley 3 título 3, libro 10 de la Novísima Recopilación.

La Ley II nos habla acerca de los hijos que no están sujetos a esta potestad.

"Naturales son llamados los hijos que han los omnes de las barraganas, segund dize en el titulo, que fabia delios. E estosijos atales non son en poder del padre, assi como lo son los legitimos. E otrosi non son en poder del padre losijos que son llamados en latin incestuosi, que quier tanto dezir, como aquellos que han los omnes de sus parientes fasta el quarto grado, o en sus cuñadad, o en las mugeres Religiosas. Ca estos atales no son dignos de ser llamadosijos; porque son engendrados en gran pecado".

Por otra parte la ley IV, nos habla de las formas en las cuales se acababa la patria potestad y son las siguientes:

1. Por matrimonio que es fecho segund manda Santa Iglesia.
2. Si acaescesse contienda entre algunos, si eran padre, o hijo, o fuesse dado juyzio acabado entre ellos, que lo eren. (De este modo se declaraba la patria potestad, pero no se constituye).
3. Si el padre ouiesse al hijo librado de su poder, e después desto fiziesse el hijo algund yerro contra el padre, quel ouiesse a tornar en su poder.
4. Por adopción.

Ley V. El poder que padre tenía sobre los bienes de sus hijos, se dividía en 3 partes:

1. Aquellos que ganan los hijos con los bienes de sus padres, pertenecerán a estos. (Profectitium Feculium).

2. Lo que el hijo ganará por producto de sus manos, por algún menester, por sabiduría que tuviese, por donación (testamento o herencia) de su madre ó de alguno de los parientes de ella ó por cualquier otra causa, pertenecían al hijo que las ganó, pero el usufructo pertenecía al padre que ejerce el poderío sobre su hijo. A estos bienes se les llama "Adventitia". Sin embargo, el padre debía defender y guardar esos bienes como si fueran suyos.
3. La llamada Castrense. Eran aquellas ganancias que los hombres hacían con gran trabajo, con gran peligro o en nobles lugares, y por lo tanto pertenecían a quien lo ganaba y no podían ser embargados por el padre, hermanos o algún pariente.

La Ley VIII. Menciona los casos en los cuales el padre podía vender a sus hijos, cosa que en nuestra legislación actual daría lugar a la pérdida de la patria potestad.

Los casos son los siguientes:

Por gran hambre por parte del padre, y que por la gran pobreza en la que vivían no hubiera otra solución, pues más valía que lo vendiera o empeñara para comprar alimentos, a que murieran los dos de hambre. Sin embargo, este derecho no le correspondía a la madre.

Por otro lado, la Ley IX nos dice, que el padre podía recebrar a su hijo, si le pagaba al comprador si mismo precio que pagó por comprarlo.

Ya he hablado del poder del padre sobre el hijo, un poder absoluto hasta el grado de poder venderlo, sin embargo, también existían formas por las cuales, el padre perdía este poder absoluto sobre sus hijos, y así nos dice el título XVIII:

1. Ley VI. Una manera de pecado, llamado en latín incestus, haze al padre que assi casa, perder el poder que ha sobre sus hijos, e salen porende los hijos de poder de su padre.

Es decir, cuando el padre se casaba con alguna de los parientes suyos o de su mujer legítima (ya muerta), hasta el cuano grado, o bien si se casaba con una mujer religiosa.

2. La Ley VII nos señala 12 formas también llamadas "Dignidades" en las que sale el hijo del poder del padre:

- a) Cuando el emperador o Rey lo elige como su consejero.
- b) Por ser nombrado Juez General de la Corte del Emperador o del Rey.
- c) Cuando es elegido Prefecto, Pretor, es decir, Adelantado Mayor de la Corte.
- d) Por ser nombrado Praefectus Urbis.
- e) Al ser nombrado Prefecto de Oriente.
- f) Por convertirse en Questor, es decir, al recaudador de los impuestos.

- g) Cuando lo eligen Maestro de Cavallería, puesto por Cabdijio o por Maestro de los Cavalleros del Emperador o del Rey, al que llaman en romance Alferez.
- h) Patronus Fiscí es el hombre que es puesto para razonar o defender en juicio, todas las cosas y los derechos que pertenecen a la Cámara del Rey.
- i) Princeps Agentium In Rebus; que quiere decir, mayordomo o proveedor de la Corte del Emperador o del Rey o de su compañía.
- j) Magister Sacri Scrinii; es el chancelier, el guardador de los sellos del emperador o del Rey y de las arcas de los escritos de la chancellería.
- k) Magister Scrinií memoriae Principis; es decir, el Notario del Emperador o del Rey.
- l) Por ser nombrado Obispo.

Otra forma de salir del poder del padre, era por medio de la emancipación, que el padre otorgaba a hijo ante el juez. Sin embargo, el padre podía recobrar este poder si el hijo era desobediente y no hacía buen uso de su libertad.

Como podemos darnos cuenta a través de este estudio, los padres tenían poder absoluto sobre los hijos, pero también la obligación de criarlos y de cuidar de sus bienes, sin embargo, la legislación es muy clara y se refiere única y exclusivamente a los hijos legítimos, ya que con respecto a los ilegítimos, no había obligación de criarlos, salvo que los padres quisieran hacerlo.

También se regulaba aquellos casos en los cuales los padres estaban excusados de criar a sus hijos.

Así, la Ley VI del citado ordenamiento, excusa a los padres cuando sus hijos fueran ingratos con ellos, de tal forma que merecieran la muerte o la deshonra; ó cuando el hijo teniendo que hacerlo, desheredare a su padre.

Ordenanzas reales de Castilla

El título V, Ley I, nos habla acerca de las limitaciones que tenían los tutores con respecto a los bienes del huérfano, y así nos dice:

"Todo hombre que es cabezalero o guarda de huérfanos o otro hombre o muger qualquier que sea no pueda, ni deba comprar (a) ninguna cosa de sus bienes de aquel, o aquellos que administrare, y si la comprare pública o secretamente pudiéndose probar la compra que así fue hecha, no valia y sea deshecha y tome el quatro tranto de lo que valia, lo que compró y sea para la nuestra Cámara".

Así, después de analizar estos Códigos Españoles, se puede observar, que casi no se encuentra variación en lo referente a la tutela de los huérfanos, cada uno señala, los derechos y obligaciones de los guardadores con respecto de las personas que tienen a su guarda. Unos más extensos que otros, pero en general habian de lo mismo, con excepción de la Quarta Partida que nos habla acerca de la patria potestad sobre los hijos.

Actualmente, encontramos mucha semejanza en las normas de la tutela vigente, con la tutela antigua, al igual que en la patria potestad, con la salvedad de que ahora no le es permitido a los padres vender a sus hijos.

Antecedentes históricos de los Códigos Civiles Mexicanos

Después de la independencia, continuó en vigor la legislación española, hasta la promulgación del primer Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, del 13 de diciembre de 1870, aún cuando las leyes de Reforma promulgadas por el Presidente JUAREZ en 1856 y 1859, contenían disposiciones sobre materias propias del Derecho Civil, como el desconocimiento de personalidad a las asociaciones religiosas, el matrimonio como contrato civil y la institución del Registro Civil.

El Código Civil de 1870 tiene como antecedente un proyecto que por encargo oficial redactó en 1859 el doctor don JUSTO SIERRA. Este proyecto fue concluido en el año de 1861; pero la situación política y el estado de guerra por el que atravesaba entonces el país, impidieron que sus disposiciones se pusieran en vigor. (El proyecto Sierra, fue revisado por órdenes del gobierno de Maximiliano. Se le conoce como "Código del Imperio"; aunque no entró en vigor). El proyecto del doctor don Justo Sierra, se inspiró en su mayor parte, en el Código civil francés de 1804 en el Código Albertino de Cerdeña, en los Códigos civiles Portugués, Austriaco y Holandés, así como en las concordancias del proyecto del Código civil español de 1851, redactadas por Florencio García Goyena. Fue uno de los más avanzados códigos de su tiempo y por su sistema y claridad de expresión, es a la vez uno de los cuerpos de leyes mejor redactados. Consta de 4126 artículos, es casuístico y prolijo. Pronto hubo de ser revisado por una comisión integrada por don EDUARDO RUIZ, don PEDRO CDLLANTES y BUENROSTRO y don MIGUEL S. MACEDO.

Partiendo de los trabajos de esa comisión revisora, una nueva comisión dió cima a la obra, redactando un nuevo Código Civil que entró

en vigor el primero de junio de 1884 y que fue promulgado el 31 de marzo del mismo año.

La comisión redactora del Código Civil de 1884, fue integrada por don MANUEL YANEZ, don JOSE MARIA LACUNZA, don ISIDRO MONTIEL y DUARTE, don RAFAEL CONDE y don JDAQUIN EGUIA LIZ.

El Código expresa fundamentalmente las ideas de Individualismo en materia económica, la autoridad casi absoluta del marido sobre la mujer y los hijos, consagró la desigualdad de los hijos naturales, estableció la Indisolubilidad del matrimonio, instituyó la propiedad como un derecho absoluto, exclusivista e irrestricto y como novedad más importante, introdujo la libertad de testar, que el Código Civil anterior desconocía absolutamente.

Durante la vigencia del Código Civil de 1884, don Venustiano Carranza primer jefe del Ejército Constitucional, en pleno período revolucionario, promulgó en Veracruz, la Ley del Divorcio el 29 de diciembre de 1914, cuyas disposiciones se incorporan más tarde, en la Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917.

La Ley de Relaciones Familiares, recogiendo en sus disposiciones los preceptos de la ley de 1914, instituyó el divorcio como medio jurídico para disolver el vínculo matrimonial durante la vida de los consortes. El Código Civil de 1884 no reconocía el divorcio vincular, sino la simple separación de cuerpos de los cónyuges, en los casos muy limitados en que era permitida esta separación.

El Código Civil de 1884 fue reformado posteriormente, prohibiendo las ventas con pacto de retroventa.

El 30 de agosto de 1928 se promulgó el Código Civil actualmente en vigor, que entró en vigor el primero de octubre de 1932.

Sus disposiciones son aplicables en el Distrito Federal en materia común y en toda la República en materia federal.

Este código se encuentra influido por la idea de socialización del Derecho. Las ideas que lo inspiraron, han sido tomadas en parte del Código de 1884, de la ley de Relaciones Familiares y de los códigos Alemán, Suizo, Argentino y Chileno, así como del proyecto de Código de Obligaciones y Contratos italo-francés que formuló la Comisión de Estudios de la Unión Legislativa de estos dos países.

La exposición de motivos de dicho código informe:

"Nuestro Actual Código Civil (se refiere al Código de 1884), producto de las necesidades económicas y jurídicas de otras épocas; elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y en el orden jurídico un exagerado individualismo, se ha visto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas y las relaciones que aunque de carácter privado, se hallan fuertemente influenciadas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresivos triunfos del principio de la solidaridad. Para transformar un Código Civil, en que predomina el criterio individualista, en un código privado social, es preciso reformarlo sustancialmente, derogando todo cuanto favorezca exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad. El pensamiento que informa el nuevo Código Civil puede expresarse brevemente en los siguientes términos:

Armonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso de individualismo que impera en el Código Civil de 1884... La reforma del Código Civil era un deber ineludible de la Revolución; pero en tanto que la organización de la familia, el concepto de la propiedad y la reglamentación fácil y expedita de las transformaciones diarias no se armonizaran con las exigencias de la vida moderna, el antiguo régimen, vencido en los campos de batalla seguiría gobernando nuestra sociedad."

Principales innovaciones del Código Civil de 1928, para el Distrito Federal en Materia Familiar.

- a) Establece la igualdad de capacidad jurídica del hombre y la mujer (Artículo 2o).
- b) Se declara expresamente que en el hogar, el marido y la mujer tendrán autoridad y consideraciones iguales (Artículo 168).
- c) Establece y reglamenta la institución del patrimonio de familia (Artículos 723, 727 y 739).
- d) Se prescinde de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, por que toca a la paternidad y al ejercicio de la patria potestad (Artículos 324 y 360), y se clasifica a los hijos como hijos de matrimonio e hijos nacidos fuera del matrimonio. Respecto de estos últimos ha tratado de borrar toda distinción que parecería infamatoria entre hijos adulterinos e incestuosos, a los que aludían el Código Civil de 1884.
- e) Se reglamentan la institución de la tutela, apartándose del sistema latino de la tutela de familia por el sistema germánico

de la tutela de autoridad y crea el consejo focal de tutelas como órgano de vigilancia y de información y encarga a un funcionario especial, (el juez popular) la investigación de los asuntos relativos a la tutela (Artículos 626, 631, 632 y 633).

Aún cuando se ha pretendido ver en el Código Civil de 1928 un código de derecho privado social, el reconocimiento de divorcio por mutuo consentimiento, la facultad de testar libremente, la supresión de la prodigalidad como causa de interdicción, contrasta gravemente con esta idea, por que se inspiran en ideas francamente individualistas, aun cuando en otro aspecto, particularmente en materia de propiedad, el libre ejercicio de la voluntad queda restringido frente a los intereses sociales.

Por otra parte, la exposición de motivos de dicho código nos hace conocer que los redactores de él, "No tuvieron reparo en inspirarse en las legislaturas extranjeras en aquellos puntos en que era deficiente la Legislación Patria y en tomar en cuenta la opinión de reputados tratadistas europeos para proponer algunas reformas... y sobre todo procurando encauzar en el Código Civil los anhelos de emancipación económica de las clases populares que alentó nuestra última revolución social y que cristalizaron en los Artículos 27, 28 y 123 de la Constitución Federal de 1917²⁶.

²⁶ Constitución Política de México.

Como podemos darnos cuenta, tanto la familia en general como las relaciones paterno-filiales han ido evolucionando a través del tiempo, basándose ahora ya no solo únicamente en derechos absolutos de los padres de familia sobre sus hijos, derechos que en la mayoría de las épocas no estaban regulados en ningún ordenamiento.

Actualmente y con la evolución social que ha sufrido el mundo en general, la familia como núcleo social ha tenido que irse adaptando a las necesidades que actualmente requiere. Con esto la mayoría de los países se han dado cuenta de la necesidad de crear una legislación que específicamente regule estas relaciones familiares.

A continuación explicaré brevemente como estaban y están actualmente reguladas estas relaciones paterno-filiales en nuestro derecho.

CAPITULO II
PATRIA POTESTAD Y TUTELA

Patria Potestad

1. Conceptos
2. Fundamento
3. Características: Cargo de interés público
 Irrenunciable
 Intransferible
 Imprescriptible
 Temporal
 Excusable
4. Sujetos: Activos
 Pasivos
5. Consecuencias, Deberes y Derechos

Sujeto Activo

- Representación del menor
- Guarda y asistencia
- Educación y ejemplaridad
- Administración de bienes
- Usufructo, alimentos
- Responsabilidad de actos ilícitos (Capítulo III)

Sujeto Pasivo

- Domicilio legal
- Obediencia y respeto

6. Debilitación de la autoridad paterna en nuestros días e intervención estatal
7. Excusa, pérdida, suspensión y extinción de la Patria Potestad.

En el contenido de derecho de familia junto con las relaciones matrimoniales, conyugales y pupilares, encontramos otra que desde mi punto de vista es la de mayor importancia, es decir, las relaciones paterno filiales en la cual encontramos la Patria Potestad y digo que es la de mayor importancia, debido a que los sujetos pasivos de estas relaciones son los hijos menores de edad y que por tratarse de éstos, la protección de la ley debe de ser mayor, ya que por su poco desarrollo físico e intelectual, se encuentran en desventaja con relación a los adultos y que por lo tanto, es más fácil el poder hacerles daño, o que ellos mismos causen un daño sin llegar a comprenderlo en su totalidad, o se dañen a sí mismos.

Actualmente el contenido de la Patria Potestad viene caracterizada por los deberes y derechos de protección y asistencia que tienen los padres para con sus hijos, según las necesidades de éstos. Sin embargo, su contenido no siempre ha sido el mismo, a través de la historia y con los consecuentes cambios sociales, la Patria Potestad se ha ido desarrollando poco a poco, marcándose en cada época la intervención del Estado que está tomando cada día más, un carácter paternalista para proteger a sus menores.

Algunos han encontrado su fundamento en la propia naturaleza humana, debido al gran número de necesidades que tienen los hijos menores y que solo sus padres pueden y deben otorgarles, pero a pesar de esto y aunque parezca ilógico, muchos padres (entendiéndose también abuelos), ignoran sus deberes y derechos para con sus hijos o nietos y es por esto que el Estado, se ha visto en la necesidad de crear una institución como figura jurídica, que tiende a la defensa y protección de estas relaciones naturales entre los padres y los hijos y ésta es la Patria

Potestad, que en el Derecho Moderno, además de ser un conjunto de deberes y derechos, se entiende como una función y oficio para la protección de la incapacidad del menor.

Conceptos

Actualmente el nombre de Patria Potestad que persiste en la mayoría de la legislaciones vigentes, responde únicamente a la fuerza de tradición y digo esto porque a pesar de la evolución de esta institución, su nombre no ha cambiado. El espíritu actual de esta institución, ya no está basado en el poder del padre sobre sus descendientes o núcleo familiar, debido a que actualmente esos derechos y obligaciones son compartidos también por la madre o a veces es exclusiva de ella o ejercida por otros ascendientes en pareja o por uno solo, por lo tanto, el término "Patria" no sería el más adecuado ni tampoco el de "Potestad", ya que como he mencionado anteriormente, esta institución ya gira alrededor de una idea diferente, es decir, como una función, deberes y derechos de los padres o ascendientes para con sus hijos.

Tomando lo anterior, ¿Cómo debería llamarse?

En mi opinión debería llamarse "Los derechos y obligaciones recíprocos de los hijos y los padres".

El Código de Familia Ruso de 1918 lo ha cambiado por "Derechos y Deberes respectivos de los hijos y los padres".

Sin embargo, si ponemos en una escala de valores su nombre y su contenido, yo creo que mientras el contenido vaya evolucionando para la mayor protección del menor, el nombre pasaría a un segundo grado.

Algunos autores han definido a la Patria Potestad como el "Conjunto de Derechos y Deberes que incumben a los padres con relación a las personas y a los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados" ó como "aquella institución de asistencia y representación de los menores de edad, ejercida por los progenitores o abuelos".

Sin embargo, en mi opinión, estos conceptos estarían incompletos porque no debemos olvidar que los hijos también tienen obligaciones y derechos respecto a sus padres o ascendientes mientras estén sujetos a la Patria Potestad.

Para poder darnos una idea de como las legislaciones han considerado a la Patria Potestad, aquí transcribo algunos textos:

Constitución Italiana de 1947

"Los padres tienen el deber y el derecho de mantener, instruir y educar a sus hijos, aunque hayan nacido fuera del matrimonio.

En caso de incapacidad de los padres, la ley prevee al cumplimiento de estos cometidos".

² Augusto César Belluscio, Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires 1947; Sara Montero Duñalt, Derecho de Familia, México, 1967.

Artículo sexto de la Ley fundamental de la República Federal de Alemania 1949

"El cuidado y la educación de los hijos son derecho natural de los padres y constituyen una obligación que les incumbe primordialmente. La colectividad pública vela por su cumplimiento".

Artículo treinta y cinco de la Constitución de la República Portuguesa de 1974

"Los padres tienen el derecho y el deber de educación de los hijos. Los hijos no pueden ser separados de sus padres, salvo cuando éstos no cumplan sus deberes fundamentales y siempre mediante decisión judicial".

Fuero español artículo veintidos

Se reconoce a la familia como institución natural, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva.

En su artículo 23, establece la obligación de los padres de alimentar, educar e instruir a sus hijos sin perjuicios de las facultades del Estado, para suspender o privar del ejercicio de la Patria Potestad a quienes no la ejerzan dignamente.

El Papa León XIII

"La Patria Potestad es de tal naturaleza que no puede ser extinguida ni absorbida por el Estado, como derivada que es de la misma fuente que la vida de los hombres".

El Papa Pío XI

"Los padres tienen antes que nadie, derechos esenciales a la educación de los hijos que Dios les ha dado. Las leyes que no tengan en cuenta la voluntad de los padres en la cuestión escolar, están en contradicción con el Derecho Natural y son íntima y esencialmente inmorales".

Constitución Mexicana

ARTICULO CUARTO: Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.....

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores, la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

La ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas.

Artículos 411, 412 y 413 del Código Civil para el Distrito Federal

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

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.

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 imprimen las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley de Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal,

Características

Antes de entrar a analizar cada una de las características de la Patria Potestad, es conveniente mencionar que ésta, es de interés público y a continuación explicaré el porqué.

La vida es el valor por excelencia y me imagino que nadie podría opinar lo contrario, es el sustento de todos los demás valores que configuran la existencia humana, ya que sin la vida no se podría hacer absolutamente nada. Es por esto que el Estado, tiene la obligación de regular y controlar todos los medios necesarios para que una persona sea protegida, desde la concepción hasta la muerte, porque hablando no legalmente sino lógicamente, si el Estado cuida a los niños, tendrá por consiguiente buenos hombres para el futuro y serán estos quienes manejarán y formarán al país. Pero no debemos olvidar que a pesar de la labor paternalista por parte del Estado, los padres son aquellos que decidirán sobre la educación y desarrollo de sus hijos, porque son a éstos a quienes realmente les corresponde esta función.

Quisiera dejar muy claro que a pesar de que el Estado tiene la obligación de regular estas relaciones paterno filiales, "NUNCA" podrá regular la vida o la muerte de un niño, debido a que esa función no le corresponde ni le debe corresponder nunca.

El Estado podrá vigilar el desarrollo del niño e intervenir si se le está causando daño, pero no podrá quitárselo a sus padres sin una causa justificada para educarlo como él quisiera. Pues además, los daría a educar a otra persona, ya que el Estado como tal ni educa ni actúa.

Desde un punto de vista legal, la Patria Potestad tiene las siguientes características:

Irrenunciable

El artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal determina que la Patria Potestad no es renunciable al establecer que:

*La Patria Potestad no es renunciable, pero aquellos a quienes corresponde ejercerla pueden excusarse:

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

Es decir, la Patria Potestad se adquiere al momento de que el hijo es concebido y termina cuando éste es mayor de edad o que por alguna causa deje de estar sujeta a ella, pero en ningún caso los padres podrán renunciar a ella, ya que como he dicho anteriormente, es un deber y obligación que a ellos (padres o ascendientes) les corresponde.

El carácter irrenunciable de la Patria Potestad, es debido a que el Estado trata de evitar que con excusas, los padres dejen desamparados a los hijos, pues se daría el caso de que los padres se desentendieran de educar y mantener a los hijos no deseados.

Pero aquí surge un problema, ¿Qué pasa con los hijos que los padres no desean y que por consiguiente no se ocupan de ellos?

El Código Civil del Distrito Federal en sus artículos 444 y 447 enuncian los casos en los cuales la Patria Potestad se pierde o se suspende:

Artículo 444. La Patria Potestad se pierde:

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

Artículo 447. La Patria Potestad se suspende:

- i. Por incapacidad declarada judicialmente.
- II. Cuando por su mal estado habitual de salud no pueden atender debidamente a su desempeño.

Tal pareciera que el Estado quisiera dar solución a los posibles problemas que se llegaren a presentar, pero, ¿Tiene el Estado el personal suficiente y capacitado para estar vigilando las relaciones entre padres e hijos?. **La respuesta es no.**

¿Cuál sería entonces la solución?

Desde mi punto de vista, una solución posible sería que el Estado incrementara el personal competente para vigilar más de cerca las relaciones paterno filiales y tratar de hacer del conocimiento de los padres,

de cuales son los derechos y deberes que tienen para con sus hijos, es decir, tratar de hacer conciencia de la importancia que tienen los padres o abuelos en la formación física y moral de sus hijos o descendientes.

Intransferible

Casi todas las relaciones familiares son de carácter personalísimo, es decir, no son objeto de comercio y por lo tanto a los hijos no se les puede vender ni comprar, ya sea a título oneroso o gratuito.

La Patria Potestad solamente permite una forma de transmisión del sujeto y ésta es la adopción, en la cual los nuevos padres adquieren todos los derechos y obligaciones que les corresponderían como si fueran los padres biológicos y los hijos al igual que ellos, tendrán las mismas obligaciones y derechos con respecto a sus padres adoptivos.

Salvo el caso anterior, en ningún otro caso la Patria Potestad es transferible.

Imprescriptible

La Patria Potestad no está sujeta a prescripción, Explicaré el porqué, Entendemos la prescripción como un medio de adquirir bienes o liberarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo. (Artículo 1135 Código Civil del Distrito Federal).

Artículo 1135. Prescripción es un medio de adquirir bienes o librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley.

A la adquisición de bienes en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva. A la liberación de obligaciones por no exigirse su

cumplimiento, se le llama prescripción negativa. Siempre y cuando se trate de bienes y obligaciones que se encuentren en el comercio. (Arts. 1136 y siguientes del Código Civil del Distrito Federal).

Creo que queda por demás claro que, la Patria Potestad no puede estar sujeta a prescripción, ya sea positiva o negativa, puesto que las personas no son objetos y mucho menos están en el comercio, por lo cual, yo creo que este punto no merece de mayor explicación.

Temporal

La Patria Potestad es temporal, debido a que se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados y durará tanto como la minoría de los hijos, es decir hasta los 18 años, o también terminará con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga (Art. 443 del Código Civil del Distrito Federal).

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 mayor edad del hijo.

-(Artículo 646 Código Civil para el Distrito Federal)-

Excusable

Como ya había mencionado anteriormente, la Patria Potestad es excusable (Artículo 448 del Código Civil del Distrito Federal), es decir,

cuando se tengan 60 años cumplidos o bien, cuando por el mal estado habitual de salud no se pueda atender debidamente a su desempeño.

Únicamente en estos dos casos, la Patria Potestad es excusable, pero esto no quiere decir que sea una obligación por parte de los padres, el renunciar a ella, es únicamente una facultad que la ley les otorga para poder ser utilizada a su discreción, ya que pueden darse los casos en los cuales los padres o abuelos tienen 60 años o más siendo su habitual estado de salud precario, pero el desempeño de la Patria Potestad es benéfico para el menor.

SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS

Podemos distinguir dentro de la Patria Potestad dos clases de sujetos;

los activos y los pasivos.

Activos

Entendemos por sujetos activos a todos aquellos que desempeñan el cargo (Patria Potestad), sobre una o varias personas determinadas, es decir, sobre uno o varios menores.

Así los Artículos 414, 415 y 418 de nuestro Código Civil establecen lo siguiente: Artículo 414: La Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

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

Tratándose de los padres:

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

Artículo 418. A falta de padres, ejercerán la Patria Potestad sobre el hijo, los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, en el orden que determina el Juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Cabe hacer notar que en la mayoría de las legislaciones vigentes, existe la tendencia a admitir la Patria Potestad conjunta del padre y la madre, como ejemplo tenemos:

La Suiza (Artículo 264), Peruana (Artículo 391), Rusa (Artículo 38), Francesa (Artículo 70-459) y naturalmente la nuestra. En cambio, mantienen el ejercicio paterno el Código Civil Brasileño (Art. 380) y los proyectos Argentinos de la Reforma (de 1936 y anteproyecto de 1954).

El artículo 264 del Código Civil Argentino, señala que el ejercicio de la Patria Potestad de los hijos legítimos, corresponde al padre y en caso de muerte de éste o de haber incurrido en la pérdida de la Patria Potestad, o del derecho de ejercitarla, a la madre.

Mientras el ejercicio de la Patria Potestad está en manos del padre, los derechos de la madre se limitan en principio, al cuidado y educación, así como a obtener de los hijos obediencia, respeto y alimentos en caso necesario. Pero también puede representar al hijo, lo que ocurre cuando es necesario demandar al padre por alimentos o por la pérdida o suspensión del ejercicio de la Patria Potestad.

En caso de divorcio, la situación no se modifica si la tenencia de los hijos es acordada al padre. Si es otorgada a la madre, no por eso se la transfiere el ejercicio de la Patria Potestad, pero sí algunos de los derechos emergentes de ella; fundamentalmente el de guarda, que implica que pase también a su cargo la parte primordial de la educación de los menores.

Así resulta de la última parte de su artículo 271 que mantiene el deber de educación del padre, solo cuando el juez deja a los hijos en su poder. En el matrimonio nulo de buena fe de ambos cónyuges, la situación es similar al caso de divorcio. En cambio si ha sido contraído de buena fe

por una y de mala fe por el otro, la Patria Potestad corresponde al de buena fe, en tanto que el de mala fe queda sujeto solo a las obligaciones que la ley le marque. (Ley de Matrimonio Civil Argentino Art. 88 Inciso 3.)

Pasivos

Son únicamente los hijos o nietos menores de edad, nunca sobre los mayores. Si los menores no tienen padres o abuelos no estarán sujetos a Patria Potestad, se les nombrará tutor.

Podemos clasificarlos en dos grupos:

1. Hijos de matrimonio.
2. Hijos fuera de matrimonio.

En el primer caso y como ya lo he mencionado anteriormente, se ejerce por los padres o abuelos.

El problema se presenta en el segundo caso, es decir para los menores fuera de matrimonio.

Nuestro Código Civil establece lo siguiente:

"Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la Patria Potestad".

Si viven separados:

- a) Cuando el padre y la madre que no viven juntos reconocen 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.

- b) En el caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero lo hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres y siempre que el Juez de lo Familiar, no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, en audiencia de los interesados y el Ministerio Público. (Arts. 390 y 381 del Código Civil del Distrito Federal).

En los casos anteriores, cuando por cualquier circunstancia deje de ejercer la Patria Potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro.

- c) En el caso de que los padres del hijo fuera de matrimonio que vivan juntos se separen, continuarán ejerciendo la Patria Potestad, pero si no se ponen de acuerdo en este punto, la ejercerá el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo. (Artículo 417 del Código Civil del Distrito Federal).

El Código Civil Argentino en su artículo 264 tercer párrafo nos indica que: "El ejercicio de la Patria Potestad del hijo natural, corresponde a la madre o al que reconozca al hijo o a aquel que haya sido declarado su padre o su madre". Añadió luego el artículo 2 de la Ley 11.357 que dice: "La madre natural tiene la Patria Potestad sobre sus hijos con la misma amplitud de derechos y facultades que la legítima. La tendrá también el padre natural que voluntariamente hubiese reconocido a los hijos naturales".

En cuanto a su ejercicio: (Código Civil Argentino)

a) Reconocimiento por uno solo de los padres:

Ejerce la Patria Potestad el único progenitor que legalmente pueda ser tenido como tal.

b) Reconocimiento voluntario por ambos padres:

Parecería resultar una preferencia para la madre pero habría que contemplar distintos casos:

1. Si los padres viven juntos como familia: igual que los legítimos y correspondería al padre.
2. Si no viven juntos: se ha juzgado aplicable por analogía para resolver la situación, la norma del Art. 76 de la ley del matrimonio relativa al divorcio, esto es, otorgar la Patria Potestad y la tenencia del menor de 5 años a la madre, salvo causas graves que lo hagan inconveniente y del mayor de esa edad, a aquel de los padres que sea más a propósito para educarlo.

c) Reconocimiento forzado respecto de ambos padres:

La solución es la misma que lo anterior, sin perjuicio de que la falta de interés de ambos pueda determinar el otorgamiento de la tenencia a un tercero, conforme lo autoriza la parte final del artículo 330 del Código Civil Argentino.

d) Reconocimiento voluntario por uno y forzado por el otro:

La Patria Potestad correspondería en principio a quien reconoció voluntariamente al hijo, salvo que, circunstancias especiales hagan más conveniente para éste, proceder de otro modo. En todos los casos subsiste la facultad judicial de

otorgar a un tercero la guarda y educación del menor si el interés de éste, así lo aconseje.

Por otro lado, el Código Civil Español establece:

Artículo 156. La Patria Potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno, solo con el consentimiento expreso y tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien después de oír a ambos cónyuges, (al hijo si tuviere suficiente juicio, o si fuera mayor de doce años, según el caso), atribuirá sin ulterior recurso, la facultad de decidir al padre o a la madre.

Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpesca gravemente el ejercicio de la Patria Potestad, podrá atribuirse total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la Patria Potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la Patria Potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la Patria Potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviviera. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo, atribuir al solicitante la Patria Potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre, las funciones inherentes a su ejercicio.

Artículo 159. Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo.

Como consecuencia de todo lo anterior, podemos darnos cuenta de que actualmente y en la mayoría de las legislaciones, se está buscando darle una mayor protección al menor, pero no solo eso, sino se hace lo posible para poder darle el ambiente necesario y el más conveniente para que pueda desarrollarse física e intelectualmente. Ya que en los casos que hemos visto anteriormente, si la conducta de alguno de los padres es perjudicial para el menor, el Estado puede privarlo de verlo, pero no lo exime del cumplimiento de sus obligaciones.

DERECHOS Y DEBERES SOBRE LAS PERSONAS DE LOS HIJOS

1. Guarda

Los padres o abuelos tienen el derecho-deber de vivir con el menor, así como el de custodiarlo. El ejercicio de la Patria Potestad requiere fundamentalmente de la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar. Ese derecho-deber de los padres de tener a sus hijos consigo, recibe la denominación de guarda y de él derivan otros derechos-deberes y sus consecuencias.

La necesidad de la guarda, la podemos encontrar en las mismas necesidades de los menores, que al vivir con sus padres pueden ser resueltos y me refiero no únicamente al aspecto material, sino espiritual, ya que el contacto directo con los padres es fundamental para su desarrollo. Es la manera más conveniente en que los padres pueden vigilar su crecimiento, educación y todas aquellas necesidades que son propias de los menores. Sin olvidar por supuesto que siempre existen excepciones y que hay veces en que lo más conveniente sería separar a los hijos de los padres.

La custodia o guarda es un derecho que puede cumplirse ya sea personalmente o por intermediación, con la única limitación de que debe ser siempre en interés del menor.

El Código Civil Argentino consagra en sus artículos 265, 275 y 276 los derechos y deberes de la guarda al mencionar:

"Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y poder de sus padres". "Los hijos no pueden dejar la casa paterna o aquélla en que sus padres los han colocado, sin licencia o autorización de éstos". "Si los hijos dejaren la casa paterna o aquella en que sus padres los hubiesen puesto,

sea que ellos se hayan sustraído a su obediencia o que otros los detengan, los padres pueden exigir que las autoridades públicas les presten toda la asistencia que sea necesaria para hacerlos entrar bajo su autoridad".

Por otra parte, la cláusula final de su artículo 373, sanciona con la cesación del derecho de alimentos, a los hijos de familia que dejaren la casa paterna sin licencia de sus padres.

Nuestro Código Civil establece lo siguiente:

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 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".

"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.....".

Artículo 423: Los que ejercen la Patria Potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos, de buen ejemplo".

Las autoridades en caso necesario, auxiliarán a estas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos, prestándoles apoyo suficiente.

El problema se nos presenta cuando los progenitores no viven juntos, ya sea de hecho o de derecho, por divorcio, separación, etc.

El Código Civil Español en su artículo 154, inciso primero y último párrafo establece:

"Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre.

La Patria Potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y comprende los siguientes deberes y facultades:

- a) **Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.**

Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos".

2. Visita:

El desmembramiento de la guarda acarrea otro problema, el otorgamiento al progenitor que no la ejerce del derecho de comunicarse con el menor. Como regla general, el otorgamiento de la tenencia del hijo menor de edad a uno de los padres, no priva a otro de mantener comunicación con el hijo. Pero ese derecho no es absoluto, se sobreponen situaciones en que su ejercicio es o puede ser fuente de perjuicios, en especial en el aspecto moral y no debemos olvidar que es el interés del menor el que debe prevalecer.

En los casos en los cuales el padre o la madre no cumplen con sus obligaciones, podrá suspenderse la visita.

El Derecho Español establece en su artículo 94 que: "El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados, gozará del derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía.

El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender, si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente, los deberes impuestos por la resolución judicial".

Por otra parte, entre las normas relativas a las relaciones patrimoniales, el artículo 161 del mencionado ordenamiento establece:

"El padre o la madre aunque no ejerzan la Patria Potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro, de manera plena o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.

No podrá impedirse sin justa causa, las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias".

El artículo 94 regula pues, el derecho de visita y el que tiene el padre no guardador, de tener en su compañía a los hijos durante los días y temporadas que se fijen y en los lugares que se señalen.

En nuestro derecho no hay ningún precepto legal que contenga este derecho, aunque por su íntima relación con la Patria Potestad, en la práctica, se maneja sobre todo en los convenios de divorcio voluntario.

El artículo 273 del Código Civil en sus fracciones I y II, fija lo que el convenio debe tener en relación a los hijos. La primera previene que deberá designarse la "Persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio". Según esta redacción pueden ser confiados a personas distintas de los progenitores.

En la práctica en estos convenios, se plasma el derecho de visita que tiene el progenitor que no tiene la custodia del hijo. Así, es frecuente observar que se fijan días de visita y salidas en vacaciones para conservar el contacto humano entre padres.

En relación al derecho de visita de los progenitores, existe una sentencia que dice:

"Si a la madre se le confiere el cuidado y guarda de su menor hijo, debe ejercitar los derechos y obligaciones inherentes a la Patria Potestad, que de acuerdo con los artículos 422 y 423 del Código Civil del Estado de Guerrero, comprenden la obligación de educarlo convenientemente, de corregirlo y castigarlo mesuradamente con una libertad que no tiene más límite que el notorio perjuicio físico o moral de dicho menor".

El padre, por su parte, tiene derecho de visitar al hijo, de comunicarse y tratar con él. Vigilando prudentemente el cumplimiento de las obligaciones de guarda y custodia a cargo de la madre, sin pretender una intromisión constante y absoluta que no es lógico, ni siquiera en los casos en los que el matrimonio subsiste ²

² Amparo Directo, 3818/1968, Martha Contreras, Febrero 14 de 1969, Unanimidad de 4 Votos. Ponente Maestro Mariano Azuela, 3a. de la Séptima Época, Volumen II, Cuarta Parte, pág. 67.

Nuestro máximo tribunal también resolvió sobre el derecho de los abuelos en la siguiente sentencia:

***Es indiscutible que conforme a los artículos 414, 420, 445 y 446 del Código Civil del Distrito Federal, a la muerte del padre de los menores, la Patria Potestad la ejerce en forma exclusiva la madre de éstos y solamente a ella corresponde la guarda y custodia de los mismos. Sin embargo, el abuelo en el caso paterno, no solo tiene derecho, sino también obligación de tener relaciones con sus menores nietos, procurarles afecto, consejos y cooperar con la madre de los mismos, a su debida formación. Derecho y obligación que se funda no solo en la naturaleza de las relaciones paterno filiales que existieron entre el abuelo y su hijo y entre él y los menores, sino también en la necesidad de que dichos menores tengan el apoyo tanto de su madre, quien indiscutiblemente ejerce la Patria Potestad, así como el de su abuelo paterno a falta del padre, relaciones que el Código Civil del Distrito Federal reconoce, al señalar en el artículo 414 a los abuelos, como unas de las personas que deben ejercer la Patria Potestad sobre los mismos a falta de sus padres, en el artículo 303 al establecer su obligación de proporcionarles alimentos a falta o imposibilidad de aquéllos y el artículo 1609 al consagrar su derecho a heredar por estirpe, en la sucesión legítima de los abuelos. Luego el que el abuelo paterno tenga relaciones con sus nietos, dentro de un absoluto respeto a la madre de los mismos, es un derecho que no solo debe ser reconocido por el juez a quo, sino también, para hacerlo efectivo, dicho juzgador debe reglamentar la norma en que han de efectuarse las relaciones entre abuelos y nietos, tomando en consideración todas las circunstancias que se relacionen con el caso, haciendo uso inclusive, de los medios de prueba**

que le faculta el artículo 495 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, para determinar con ello la forma que más beneficie a los menores³

Se puede observar que este derecho no está reglamentado, pero no es desconocido ni por la jurisprudencia, ni en la práctica. Parece conveniente con base en esto, reglamentarlo en nuestro Código Civil.⁴

³ Amparo Directo, 2026/1983, Constantino Díaz Villar, 4 de Junio de 1984, Unanimidad de 4 votos. Ponente Gloria León Orantes, Secretario Héctor Gutiérrez de Velasco Romo.

⁴ El Derecho de Visita. Luisa Gabriela Chávez. pág. 42 México 1987

3. Naturaleza Jurídica

El derecho de visita, se basa en una previa relación jurídico familiar entre el visitante y el visitado.

Esta previa relación, se dá entre padres e hijos que es en donde se encuentran los derechos y obligaciones, derivados de la Patria Potestad. Este derecho de visita esta implícito en las relaciones paterno-filiales cuando, tanto padres como hijos viven en un mismo lugar. El problema se presenta, cuando por alguna causa, ya no pueden convivir todos en una misma casa. En este momento se presenta el derecho de visita, como un derecho separado de la obligación y derecho de vivir en un mismo domicilio para lograr la convivencia familiar.

Al derecho de visita se le conoce por la mayoría de los autores como un derecho subjetivo, entendiéndose éste como: "La Facultad reconocida y garantizada a una persona por el ordenamiento jurídico" (Castan), ó como "Un poder atribuido a la voluntad de una persona, para el prevalecimiento de su interés" (Carnelutti). Y no como una facultad jurídica, ya que ésta consiste, en la actitud de una persona para modificar la situación jurídica existente de uno mismo o de otros.

El Derecho Español considera al derecho de visita como subjetivo (Artículo 161 Código Civil Español).

4. El derecho de visita como derecho-deber, derecho-función

La teoría del derecho-deber, derecho-función, se basa en que el responsable del cumplimiento de un deber, requiere para su cumplimiento, contar con un derecho que pueda ejercer. Así uniendo deber y derecho, se dice que se puede cumplir con los deberes que trae consigo la Patria Potestad.

En relación a este punto existe en España jurisprudencia que dice:

"El Derecho del Padre a visitar a los hijos durante tres horas del sábado y nueve horas del domingo, constituye una función familiar y un derecho-deber establecido fundamentalmente, en beneficio de la educación de los hijos, cuyo interés prevalece en tal caso"⁵

5. Titular de derecho de visita:

Existen dos tipos de sujetos: el sujeto activo, que es el menor y los parientes y el sujeto pasivo, que es el que custodia al menor.

El menor, no solo puede reclamar frente a quien le custodia, relaciones con otros parientes y allegados, sino también para mantenerlas con el otro progenitor que no tenga la custodia. Y a su vez el que tenga la custodia, no tiene derecho de monopolizar las relaciones del menor, ni puede convertirse en la única persona con la que el menor tenga relación.

Además, no se puede desconocer que el progenitor que no tiene la custodia, los abuelos y otros parientes, también tienen la posibilidad de exigir ver al menor y convivir con él en ciertos y determinados momentos.

⁵ Francisco Rivera Hernández, El derecho de Visita, Ensayo de Construcción Unilateral del Libro El Derecho de Visita, teoría y praxis; pág, 231 Pamplona España.

De aquí se desprende que este derecho responde a "Deberes Jurídicos" que tienen recíprocamente el menor y sus parientes⁴

6. Objeto y contenido del derecho de visita:

El objeto del derecho de visita, es la relación jurídica que con sus deberes, obligaciones y derechos, se establece entre un pariente y el menor.

El contenido del derecho de visita, es la posibilidad de exigir dicha relación jurídica, a través de los medios pertinentes.

El Derecho de Visita ha evolucionado. Nació como un simple derecho concedido a uno de los titulares para ver al menor, actualmente puede decirse que el derecho de visita se presenta en tres formas:

1. La visita.
2. Un derecho de comunicación indirecta o de correspondencia.
3. La convivencia del menor en casa del pariente.

El ejercicio del derecho de visita puede ser modificado y su titular puede quedar en suspenso o perderlo, cuando se use para otro fin diferente, al objetivo del derecho de visita y si esas relaciones perjudican al menor. Por lo mismo, si un progenitor pierde la Patria Potestad, automáticamente pierde el derecho de visita.

⁴ Manuel F. Chávez Ascencio, El Deber Jurídico, La Familia en el Derecho. pág. 329, México 1984

DERECHOS-DEBERES, CONSECUENCIA DE LA GUARDA

Vigilancia:

Su objeto es preservar al menor de cualquier peligro e impedir que él a su vez, perjudique a terceros. Su incumplimiento puede acarrear la suspensión de la Patria Potestad. Pero no debemos olvidar que hay ocasiones en las cuales, a pesar que se vigila constantemente al menor, éste puede ocasionarse un daño o puede causar daño a un tercero; el ejemplo más claro es el de los padres que trabajan, y que no pueden vigilar constantemente al menor.

Además de que debemos tomar en cuenta la edad del menor, ya que desde mi punto de vista un menor de 15 a 17 años, ya sabe perfectamente lo que está haciendo, no así, un pequeño de 8 a 10 años.

Es por esto, que en cada caso deberán de observarse las circunstancias que dieron lugar a la falta de vigilancia del menor, que bien pudieron darse por negligencia, descuido o bien por una causa que salió totalmente de la capacidad de los padres, al cuidar al menor.

Daré un ejemplo muy claro;

- a. Un padre que vive en el campo y manda a su hijo a la escuela, el niño tendrá que atravesar un cerro para llegar a la escuela.
- b. Un padre que vive en la ciudad y que tiene que mandar a su hijo a la escuela en metro, camión o caminando, ya que no tiene posibilidad de llevarlo o de contratar los servicios del camión escolar.

- c. Un padre que cuenta con una buena posibilidad económica y que al menor le regala un coche para poder ir a la escuela.

Los tres casos anteriores son muy similares, pero varían en lo más importante, el lugar y las circunstancias, entonces, ¿Sería la misma responsabilidad para los padres, si sus hijos cometieran un ilícito en los tres casos antes señalados?. La respuesta es 'NO' y es por esto que digo que deberán de verse y estudiarse las circunstancias de cada caso, para poder juzgar si hubo falta de vigilancia para con el menor o no la hubo.

Educación, corrección y ejemplaridad

A los padres o abuelos que tienen al menor bajo su Patria Potestad, les incumbe la obligación de educarlos convenientemente.

El artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal, determina que la educación mínima debe de ser además de la primaria, una preparación para que el menor pueda tener un medio de trabajo para bastarse a sí mismo, es decir, proporcionarle los medios necesarios para que adquiera algún oficio, arte o profesión honestas y adecuadas a su sexo y circunstancias personales.

El artículo 154 del Código Civil Español establece la obligación de quien ejerce la Patria Potestad, de educar y procurar una formación integral a los menores.

El deber de educar implica forzosamente la conducta correctiva.

La ley nos señala escuetamente esta facultad en el artículo 423 de nuestro Código Civil, al señalarlo lo siguiente: "Los que ejercen la Patria Potestad, o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos".

Anteriormente, el mismo artículo les daba la facultad a los que ejercían la Patria Potestad, de castigar y corregir a sus hijos mesuradamente, pero gracias a la reforma de diciembre de 1947, se suprimió la facultad de castigar, pues con gran frecuencia los padres abusaban de este derecho imponiendo castigos corporales a sus hijos que implicaban auténticas lesiones. Si las mismas tardaban en sanar, menos de 15 días, no configuraban el delito de lesiones si se hubieren efectuado en el ejercicio del derecho de castigar. (Artículo 294 de nuestro Código Penal).

Lo anterior era realmente la autorización legal de maltratar al menor físicamente. Suprimida esta facultad de castigar, todas aquellas lesiones que los padres o abuelos infieran a sus hijos o nietos ya no corresponde al ejercicio de un derecho.

El derecho de castigar ha sido cambiado en el texto del artículo 423 de nuestro Código Civil, obligando a los que ejercen la Patria Potestad, a "Observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo".

El Código Civil Argentino señala, "Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir moderadamente a sus hijos y con la intervención del juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por un mes". Pero este derecho no es absoluto, ya que el mismo artículo señala, "La autoridad Local debe reprimir las correcciones excesivas de los padres".

El Artículo 422 del Código Civil para el Distrito Federal dice, "Para el cumplimiento del deber de educación, la ley provee los medios necesarios de obligar a quien no cumpla, permitiendo que se denuncien estas omisiones a los consejos locales de tutelas, para que éstos a su vez, lo comuniquen al Ministerio Público, que deberá promover lo que corresponda".

Lo que corresponda será, amonestar o apercibir a quien no cumpla con esta obligación, suspenderlo en el ejercicio de la Patria Potestad e inclusive hacerlo perder dicho derecho por decisión tomada por el juez de lo familiar de acuerdo al caso.

Por otro lado, los padres o abuelos podrán pedir el auxilio de las autoridades para que les presten su apoyo en el ejercicio de educar y corregir, a través de las amonestaciones y correctivos necesarios. (Artículo 423 in fine del Código Civil del Distrito Federal).

Prestación de servicios

El artículo 277 del Código Civil Argentino, nos dice que los padres pueden exigir que los hijos que están en su poder, les presten los servicios propios de su edad sin que ellos tengan derecho a reclamar paga o recompensa, pero deberá tratarse de servicios propios de la edad del menor, esto es que no pueda ocasionar perjuicios a su desarrollo. Tampoco debe de representar una traba para su evolución intelectual o para el estudio, ni puede implicar, cuando el menor adquiere una profesión u oficio, el aprovechamiento de su capacidad de trabajo por los padres, impidiéndoles obtener beneficios económicos mediante la prestación de sus servicios a terceros.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Otros deberes-derechos derivados de la guarda

1. El hijo menor tiene por domicilio legal el del padre que ejerce la Patria Potestad.
2. El padre es responsable frente a terceros, por los daños y perjuicios derivados de hechos ilícitos del hijo menor.
3. El padre tiene autoridad para designar tutor a sus hijos para después de la muerte.
4. Representación legal: Actuarán en nombre de los menores los que ejercen la Patria Potestad. En caso de irracional disenso resolverá el juez. (Artículo 424 de nuestro Código Civil).

RESPECTO A LOS BIENES DEL MENOR

		a) Bienes que adquiere por su trabajo
Efectos	1. Administración de los bienes del menor.	b) Bienes obtenidos por otro concepto

2. Usufructo legal.

Administración de los bienes del menor:

Debemos de distinguir dos tipos de bienes, los que el menor adquiere por su trabajo y los que obtiene por otro concepto.

Respecto a la primera clase de bienes, le pertenecen en propiedad, administración y usufructo al menor. Consecuentemente, los que ejercen la Patria Potestad no podrán tener ninguna ingerencia en éstos.

Desde mi punto de vista, esto resulta ilógico, ya que si tiene la capacidad para poder administrar los bienes que obtenga por su trabajo, también lo tendría para administrar todos aquellos bienes que recibiera por otro concepto.

En lo que se refiere a los bienes de la segunda clase, es decir, los que adquiere por cualquier otro título (herencia, legado, donación, etc.) pertenecen en propiedad al menor, pero su administración corresponde a quién ejerce la Patria Potestad, a ambos o a uno solo.

Como el que ejerce la Patria Potestad es el representante legal del menor y su administrador, representará a su hijo en juicio, pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

Los que ejercen la Patria Potestad como simples administradores, no tienen facultades para actos de dominio, por ello no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo. Solamente por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, podrán realizar estos actos previa autorización judicial. Cuando esta autorización sea concedida, el juez deberá tomar 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. A este efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito y la persona que ejerce la Patria Potestad no podrá disponer de él, sin orden judicial. (En nuestro Derecho, Artículos 425 a 442 del Código Civil para el Distrito Federal).

Limitaciones de los bienes del menor

1. No podrá celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años.
2. No podrá vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganado por menos valor del que coticen en la plaza el día de la venta, NO podrán hacer donaciones de los bienes de los hijos, ni perdonar deudas a favor del menor.
3. No pueden dar fianza en representación de los hijos.

Con respecto a todas estas limitaciones que tienen los que ejercen la administración en el ejercicio de la Patria Potestad, la ley faculta a cualquier persona interesada o al propio menor si ya tiene 14 años cumplidos, con intervención del Ministerio Público en todo caso, a recurrir al juez competente para impedir que por mala administración de los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

Cuando exista interés contrapuesto, se nombrará tutor dativo para que represente al menor, Artículo 440 Idem.

Los que ejercen la administración de los bienes, deberán dar cuentas cuando termine el ejercicio de la Patria Potestad a falta de plazo no establecido en la ley.

Cuando lleguen a la mayoría de edad o se emancipen, se les entregarán sus bienes con sus frutos, Artículo 442 Idem.

Como ya he mencionado anteriormente, me parece ilógico que se le dé al menor, capacidad para administrar los bienes que adquiera por su trabajo, pero que no se la otorguen para todos aquellos que reciba por otro concepto, ya que la capacidad o incapacidad del menor no se mide en la medida en que trabaje o no lo haga. En mi opinión, la ley debería de

mencionar una edad adecuada, en la cual el menor junto con sus padres, pudiera administrar y disponer de sus bienes. Debido a que la ley nunca menciona que el menor que trabaja debe regirse por la Ley Federal del Trabajo, es decir que tenga 14 años cumplidos conforme a sus artículos 173 in fine.

Usufructo Legal:

El Código Civil Español en sus artículos 138 y 139, señala que, con independencia del deber de los padres de administrar los bienes de sus hijos con la finalidad de conservar y mejorar su patrimonio, siempre teniendo en cuenta el interés del menor, se reconoce también a los hijos la pertenencia de los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquieran con su trabajo o industria.

Con ello desaparece en el régimen español, el usufructo que sobre los bienes de los hijos se concedía a los padres, por el anterior artículo 160 del Código Civil Español. (Este usufructo fué muy criticado por la doctrina)

Dentro de la regulación de las facultades de los padres sobre el destino de los frutos de los bienes de los hijos, hay que tener en cuenta el contenido de su artículo 165 que contempla la problemática que se puede presentar en relación con los frutos de los bienes de los hijos, si los padres no tienen la administración de los bienes.

Con difícil redacción dice textualmente el artículo 165 en su párrafo tercero:

“Con este fin (destino de los frutos), se entregarán a los padres en la medida adecuada, los frutos de los bienes que hayan recibido por donación o los que se les hubiera dejado a los hijos especialmente para su educación o carrera, pero si los padres carecieran de medios, podrán pedir al juez que se les entregue la parte que en equidad proceda.

Nuestra legislación establece el usufructo de una manera diferente:

El usufructo de los bienes del menor obtenidos por cualquier causa, excepto el propio trabajo, pertenece por mitad al menor y a quienes ejercen la Patria Potestad.

Sin embargo, si los hijos obtienen bienes por herencia, legado o donación y el testador ha dispuesto que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto. (Artículo 430 del Código Civil para el Distrito Federal).

Los réditos o rentas que produzcan los bienes antes de que se inicie la Patria Potestad pertenecen al menor. (Artículo 433 idem)

El usufructo de la mitad de los bienes del sujeto a Patria Potestad, lleva consigo las mismas obligaciones que tienen los usufructuarios por cualquier otro título: hacer inventario y avalúo, no alterar forma ni substancia, usarlos para el objeto destinado o devolverlos.

DEBERA DARSE GARANTIA EN LOS SIGUIENTES CASOS

- a) Cuando los que ejerzan la Patria Potestad hayan sido declarados en quiebra o estén concursados.
- b) Cuando contraigan nuevas nupcias.
- c) Cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los hijos.(Artículo 434 Idem.).

Los que ejercen la Patria Potestad pueden renunciar al derecho a la mitad del usufructo, haciéndolo constar por escrito o por cualquier otra forma y en este caso se considerará como donación.

El derecho al usufructo se extingue paralelamente cuando se extingue la Patria Potestad o en el caso anterior.

Suspensión, pérdida y extinción de la patria potestad

La Patria Potestad puede suspenderse temporalmente o puede acabarse en forma definitiva, ya sea por razones naturales o por sentencia que declare la pérdida de la Patria Potestad, en este último caso se extingue totalmente para el que la ejerce, pero si existen otras personas de las mencionadas por la ley que puedan ejercerla, entonces él menor seguirá sujeto a esta institución, pero a cargo de otra persona.

- a) **Suspensión:** Artículo 447 idem.

Será en forma temporal:

1. Por Incapacidad declarada judicialmente.
2. Por ausencia declarada en forma.

3. Por sentencia condenatoria que imponga como pena suspensión, en este caso se hace referencia a una conducta inconveniente, que puede dañar al menor.

(Para poder recobrar la capacidad suspendida, será necesario la intervención judicial).

b) Pérdida:

Artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal:

1. Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho.
2. Cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.
3. Por conductas de los padres, nocivas para sus hijos, costumbres depravadas, malos tratamientos, abandono de sus deberes, etc., aunque estas conductas no estén sancionadas por el Código Penal.
4. Por exposición de los hijos o por abandono prolongado por más de seis meses.
5. Anteriormente a la reforma de 1983, se perdía también por divorcio.

c) Extinción de la Patria Potestad: Artículo 443 Idem.

1. Con la muerte de quien la ejerce, si ya no hay otra persona en quien recaiga.
2. Emancipación derivada del matrimonio.
3. Por la mayoría de edad.

Si la persona que llega a la mayoría de edad está dentro de las circunstancias que enumera el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, tendrá que sujetarse a un juicio de interdicción en el que por

sentencia que cause ejecutoria, se le declare incapaz y derivada de la misma, se le provera de tutor.

Para aquellos menores que se emancipan por matrimonio, si éste llegare a terminar, no volverían a estar sujetos a la Patria Potestad, se les seguiría considerando como emancipados.

TUTELA

Introducción

Bajo la institución jurídica de la tutela, se basa la preocupación por un problema social básico, el de la existencia de una serie de personas que por distintas razones, están necesitadas de una determinada protección y carecen de la que dispensa la función protectora por excelencia, la Patria Potestad.

Son personas necesitadas de protección, los menores y cuantos padezcan enfermedades y deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, en la medida que les impida el gobierno de su persona, por sí mismos y en consecuencia deben ser por ello incapacitados.

La protección ha de verse lógicamente, sobre el cuidado y defensa de la persona y de sus atributos esenciales, sobre la administración y gestión del patrimonio de la misma. Pero no es imprescindible una protección de la persona ineludiblemente unida a la de los bienes, para que se produzca el hecho causante de la tutela o de las demás instituciones tutelares; de ser así, no cabría constituir las instituciones tutelares, respecto de aquellos menores o incapacitados que no tuvieran bienes.

Por ello el artículo 199 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que el objeto de la tutela, es la guarda de la persona y bienes o solamente de los bienes de los que no estando, bajo Patria Potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos, además aparece como un sistema de carácter supletorio, que solo entra en funcionamiento en defecto del poder familiar tuitivo por excelencia, esto es la Patria Potestad.

La tutela viene definida doctrinalmente como "Institución", la institución tutelar, es decir, como estructura jurídica básica.

Desde un punto de vista puramente técnico, la tutela se presenta ante todo como una "Situación Jurídica", es decir, un fenómeno jurídico de carácter estable, duradero. En esta situación jurídica, a unas determinadas personas se les confiere un cometido de guarda y protección y a otras u otros se les coloca bajo esta guarda y protección.

Todo el contenido de esta situación jurídica, está dirigida a la realización de esta finalidad tutelar y protectora, es decir, se dan no en interés de sus mismos titulares, sino en interés del protegido y en definitiva en interés de la sociedad. Esto significa que las facultades conferidas a los componentes de la institución tutelar, no son derechos subjetivos, sino potestades, medios instrumentales para la realización de una función. La tutela es pues una función y los encargados de ella funcionarios, considerándose a la tutela como un cargo.

Concepto

La tutela es la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad y de los menores de edad no sujetos a Patria Potestad.

Existen además, otras clases de tutela que no se apegan estrictamente al concepto antes señalado por no ser tutelias de tipo general, sino que, se dan en forma especial para ciertos casos determinados, ilimitados y temporales. Tal es el caso de los menores emancipados que comparecen a juicio, o de los menores, cuando tienen interés contrapuesto a los de las

personas que ejercen sobre ellos la Patria Potestad, etc. Estas clases de tutelas, se analizarán por separado.

La palabra tutela se deriva de la voz latina TUEAR, que significa defender, proteger. Esto es cabalmente una de las misiones más importantes que debe cumplir el tutor, proteger los intereses del pupilo tanto personales como patrimoniales. Dicho en otras palabras, el papel del tutor es el de proteger la persona del incapaz, procurando siempre su rehabilitación y su bienestar, administrando el patrimonio del mismo de tal manera, que rinda al máximo de sus beneficios siempre en provecho del pupilo.

La tutela es la institución necesaria y paralela a la incapacidad de ejercicio de los mayores de edad y en este aspecto, cumple la misión de representar al incapaz, actuando a su nombre.

Con respecto a los menores de edad, la tutela es una institución subsidiaria de la Patria Potestad, pues solo se provee de tutor, al menor de edad que carece de ascendientes o que teniéndolos, no pueden cumplir con la Patria Potestad.

Nuestro Código Civil, sin definir la tutela, expresa que la misma es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima. (Art. 452)

SISTEMAS TUTELARES

Estos sistemas son tres: La tutela como institución familiar, La tutela como institución de carácter público a cargo de autoridades administrativas o judiciales y El sistema mixto.

a) La tutela como institución familiar:

Es típica del Código de Napoleón. El órgano dirigente de la tutela, es el Consejo de Familia y los actos se ejecutan a través de un sujeto llamado protutor. Siguen este sistema, Francia, Portugal y España entre otros.

b) La tutela como un cargo de carácter público:

Es ejercido y vigilado por autoridades tanto administrativas como judiciales, lo instituyen entre otros estados: Alemania, Austria, Estados Unidos, Brasil, Inglaterra, Rusia e Italia.

c) La tutela de carácter mixto:

Puede ser desempeñada tanto por familiares como por organismos públicos y siempre bajo la vigilancia de la autoridad, pues su cumplimiento se considera de interés público e irrenunciable, es el sistema que sigue nuestro Código Civil y otros países como Chile, Uruguay, Paraguay, Nicaragua, entre otros.

d) **La tutela en el Código Civil para el Distrito Federal:**

Se encuentra regulada en los artículos 449 al 640.

El legislador en estos artículos refleja una manifiesta desconfianza hacia el tutor, rodeando su ejercicio de todo tipo de medidas preventivas y de seguridad. Se crean diversas autoridades de vigilancia en su manejo, se le exige garantía, se le limita en su actuación por medio de permisos judiciales necesarios, etc.

Todas las limitaciones que el legislador ha impuesto a los tutores, nos hace pensar que la tutela debería de tener como fin, únicamente la protección de la persona del pupilo con exclusión del manejo de los bienes, los que podrían ser encomendados a instituciones bancarias a través de la figura del fideicomiso.

En el sistema tutelar español, encontramos una pluralidad de instituciones de guarda de menores e incapaces, que se está dando en contra de su principio de unidad de tutela que presidía la regulación anterior, así como la sustitución del sistema de tutela de familia por el de autoridad, lo cual ya es un mérito, aunque no el único, pues constituye un retorno a su derecho nacional.

Ha de observarse una aspiración al predominio de la equidad sobre la seguridad jurídica, que se traduce en numerosos preceptos que conceden amplia aplicación, al arbitrio judicial. Por otra parte, desaparece el carácter orgánico de la tutela al suprimir la figura de protutor y el consejo de familia.

La nueva regulación de esta materia en el Código Civil, distingue entre: Tutela, Tutela Real, Curatela y el Defensor Judicial. (Art. 215 Código Civil Español).

CARACTERÍSTICAS:

- a) Es un cargo de interés público.
- b) Irrenunciable.
- c) Temporal.
- d) Excusable.
- e) Unitario.
- f) Remunerado.
- g) Posterior a la declaración de interdicción.
- h) Removible.

a) Cargo de interés público:

La ley misma señala (Art. 452 de nuestro Código Civil) que la tutela es un cargo de interés público del que nadie pueda eximirse, sino por causa legítima. Si quien es nombrado tutor se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo, será responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resultare al incapacitado (Art. 453). Además de esta sanción, la excusa injustificada, la renuncia o remoción del cargo, ocasionan también la consecuencia sancionadora de privar al tutor de su derecho a ser heredero o legatario de la persona que lo nombró tutor en su testamento, (Arts. 1313 fracc. VI, 1331 y 1332 Idem).

Se convierte también en incapacidad para heredar en la vía legítima según lo señalado en el artículo 1333: "Las personas llamadas por la ley para desempeñar la tutela legítima y rehusaren sin causa legítima desempeñarla, no tienen derecho de heredar a los incapaces de quienes deben ser tutores".

b) Irrenunciable:

Por ser un oficio considerado de interés público, quien está desempeñando la tutela no puede renunciar a su cargo sin causa justa aceptada por el juez. Su renuncia injustificada traerá consigo las sanciones señaladas en el párrafo anterior.

c) Temporal:

El tiempo de duración del ejercicio de la tutela es diverso, según la persona que ejerce la tutela y con respecto también a las circunstancias del pupilo. Si éste último es menor de edad, la tutela se extinguirá por alcanzar la mayoría de edad y el tutor cesará en sus funciones. Si la tutela es sobre mayores incapacitados, se ejercerá mientras dure la incapacidad y el tutor sea ascendiente, descendiente o cónyuge del pupilo, mientras conserve éste carácter de conyuga.

Si el tutor es un extraño, tendrá derecho a ser relevado de su cargo a los diez años de estarlo desempeñando. (Art. 466 Idem).

La ley es omisa con respecto a la duración del cargo de tutor, cuando su desempeño le corresponda a un colateral, pues el artículo 466 nos habla únicamente de ascendientes, descendientes, cónyuges y extraños. Los colaterales son otra categoría no recogida por la ley, aunque sí son mencionados como obligados a desempeñar la tutela de sus parientes mayores incapacitados. (Art. 483 y 490 Idem). Quedará a decisión judicial llenar esta laguna cuando el colateral que esté desempeñando el cargo quiera ser relevado del mismo.

d) **Excusable:**

La ley señala enumerativamente, qué personas pueden excusarse válidamente del ejercicio de la tutela. Ellos son: (Art. 511 idam).

- I. Los empleados y funcionarios públicos.
- II. Los militares en servicio activo.
- III. Los que tengan bajo su Patria Potestad tres o más descendientes.
- IV. Los que fueran tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia.
- V. Los que por el mal estado habitual de salud, o por su rudeza o ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela.
- VI. Los que tengan sesenta años cumplidos.
- VII. Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría.
- VIII. Los que por su inapetencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.

Las causas señaladas en el artículo transcrito, son simplemente enumerativas, no limitativas, pues la fracción VIII del propio artículo, deja a discreción del juez, cualquier otra circunstancia que pueda aducirse como excusa justificada para desempeñar el cargo de tutor. Lo importante al respecto es que el nombrado tutor debe en todo caso, exponer sus razones ante la autoridad judicial y ser ésta la que decida la justificación de la excusa.

La excusa debe de interponerse dentro de los cinco días que sigan a la notificación de su nombramiento, disfrutando un día más por cada cuarenta kilómetros que medie entre su domicilio y el lugar de la residencia del juez competente.

Si transcurre el término señalado sin ejercitar su derecho, se entiende renunciada la excusa. Si teniendo la excusa legal se acepta el cargo, se tiene también como renunciada la excusa. (Art. 512 idem).

e) La tutela es un cargo unitario:

(Art. 455 idem)

Significa que ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor o un curador de carácter general definitivos. En ciertos casos, cuando existan intereses contrapuestos de dos o más incapaces sujetos a la misma tutela, el tutor lo notificará al juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses controvertidos mientras se decide el punto de oposición. (Art. 457 idem).

Cada incapaz, no puede tener más que un tutor. Pero el tutor sí puede serlo hasta de tres incapaces.

Si los incapaces son hermanos, o coherederos, o legatarios de una misma persona, puede nombrarse un solo tutor y un solo curador a todos ellos aunque sean más de tres ... (Art 456 idem).

Los nombramientos de tutor o de curador deben recaer forzosamente en personas distintas. Dicho en otras palabras, una persona no puede ser al mismo tiempo tutor y curador de un solo pupilo. Tampoco pueden desempeñarse los cargos de tutor y curador por personas que sean parientes entre sí (Art. 458 idem).

La ley no habla del caso de los cónyuges, pero la regla debe aplicarse por analogía; los cargos de tutor y de curador no deben recaer en dos personas unidas por matrimonio.

f) Cargo remunerado:

El tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombra en su testamento y para los tutores legítimos y dativos lo fijará el juez. (Art. 586 ídem).

La remuneración podrá ser aumentada hasta un veinte por ciento de los productos líquidos si los bienes del incapacitado tuvieran un aumento en sus productos, debido exclusivamente a la industria y diligencia del tutor.

La calificación del aumento lo hará el juez con audiencia del curador (Art. 587 ídem).

El tutor no tendrá derecho a remuneración alguna, si contrae matrimonio con la persona que está bajo su tutela sin haber obtenido previamente la autorización municipal que le exige el artículo 159 de nuestro Código Civil. Devolverá además todo lo que hubiera recibido como retribución si contraviene esa norma (Art. 589).

g) El cargo de tutor será siempre con posterioridad a la declaración de interdicción del que va quedar sujeto a ella.

Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles, el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella (Art. 462 ídem). Esta misma disposición la recoge el artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

"La declaración de estado de minoría o de incapacidad"

puede pedirse:

1. Por el mismo menor si ha cumplido dieciséis años.
2. Por su conyuge.
3. Por sus presuntos herederos legítimos.
4. Por el albacea.
5. Por el Ministerio Público.

El Código de Procedimientos Civiles regula lo relativo al nombramiento de tutores y curadores, así como el discernimiento de esos cargos en los artículos 902 a 904. Señala en el artículo 904 que la declaración de incapacidad por causa de demencia, se acreditará en juicio ordinario, que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que designe el juez, para este objeto.

h) **Cargo removible:**

El artículo 504 de nuestro Código Civil, establece los casos en los cuales los tutores podrán ser separados de su cargo.

Serán separados de la tutela:

- i. Los que sin haber caucionado su manejo, conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela.
- ii. Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela ya sea respecto de la persona, ya sea respecto de la administración de los bienes del incapacitado.
- iii. Los tutores que no rindan sus cuentas dentro del término fijado por el artículo 590.

- IV. Los comprendidos en el artículo anterior, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad.
- V. El tutor que se encuentre en el caso previsto en el artículo 159.
- VI. El tutor que permanezca ausente por más de seis meses del lugar en que debe desempeñar la tutela.

Sujetos Pasivos de la Tutela:

Basándose en el concepto que anteriormente mencioné, queda claro que los sujetos pasivos de la tutela son:

"Los Incapacitados en general".

En principio toda persona es capaz, excepto aquellas que específicamente señala la ley como incapaces.

La capacidad es la regla, la incapacidad la excepción.

El Artículo 450 de nuestro Código Civil señala limitativamente, quiénes tienen incapacidad y son los siguientes:

- i. Los menores de edad.
- 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 la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes, siempre que debido a la limitación o la alteración en la inteligencia que éstos les provoque no puedan gobernarse u obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

La incapacidad por minoría de edad, no requiere más que la prueba de la misma ante autoridad judicial.

Prueba fehaciente si se tiene acta de nacimiento expedida por el Registro Civil, a falta de ésta, por examen personal del menor, por información de testigos con o sin asistencia del Ministerio Público. Cuando se tiene acta que acredite la edad se hará de inmediato la declaración de minoría.

Cuando falte el acta, será necesario una audiencia de los dos primeros y el juez dará o denegará la declaración correspondiente. (Artículo 503 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Para que un mayor de edad sea declarado incapaz, se necesita llevar un juicio de interdicción, en él se seguirán todas las formalidades que exige el Código de Procedimientos Civiles. El juicio terminará con la declaración o denegación según el caso. En el caso de que un sujeto mayor de edad sea incapaz del ejercicio, habrá lugar al nombramiento del cargo de tutor que recaerá en una persona plenamente capaz, que no tenga impedimentos legales, ni excusas personales para cumplir con su oficio,

CLASES DE TUTELA

Existen tres clases de tutela: Testamentaria, Legítima y Dativa.

I. Testamentaria:

Es aquella que se confiere en testamento, por las personas autorizadas por la ley.

El artículo 470 de nuestro Código Civil nos establece: "El ascendiente que sobreviva de los dos, que en cada grado deben ejercer la Patria Potestad, conforme a lo dispuesto en el artículo 414, denen derecho aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza con inclusión del hijo póstumo".

Se señala también como especie de tutela testamentaria, el derecho que tiene una persona de nombrar tutor para la administración de los bienes que deje en legado o herencia a un incapaz que no este bajo su Patria Potestad ni bajo la de otra persona (Artículo 473 ídem). Esta designación es impropriamente llamada "Tutela", pues la persona designada no desempeñará la función específica de tutor, que es la de ser representante del pupilo. Su misión consiste únicamente en administrar los bienes que dejaron por herencia o por legado a un incapaz. Por lo que debería llamársele administrador testamentario.

Sujetos con derecho a nombrar tutor:

Tienen derecho a nombrar tutor por testamento:

- a) El ascendiente que sobreviva en cada grado que esté ejerciendo la Patria Potestad (Artículo 470 ídem).

- b) El padre o la madre que tienen la tutela sobre un hijo incapacitado (Artículos 475 del Código Civil para el Distrito Federal y 476 Idem).
- c) El adoptante (Artículo 481 Idem).
- d) El que deja bienes por testamento a un incapaz (Artículos 473 Idem).
- a) **El ascendiente que sobreviva en cada grado que esté ejerciendo la Patria Potestad:**

Como esta tutela se confiere por testamento, nada impide que ambos ascendientes que ejercen la Patria Potestad, nombren cada uno de ellos tutor testamentario. Si uno de ellos muere antes que el otro, el nombramiento de tutor testamentario se tendrá como cláusula no puesta, puesto que continuará en el ejercicio de la Patria Potestad, el otro ascendiente.

Podría presentarse un problema en el caso de que ambos ascendientes muriesen al mismo tiempo, (conmorcencia) y que en sus respectivos testamentos hubieran designado tutor testamentario, que recayere en persona diferente. Ante la laguna legislativa, tocaría al juez respectivo escoger de entre ambos, el que considere más apto para el bienestar del menor.

- b) **El padre o la madre que tienen la tutela sobre un hijo incapacitado. (Artículo 475).**

Pueden nombrar tutor testamentario para su hijo mayor incapacitado cualquiera de ambos progenitores, para el caso de que ya hubiera fallecido el otro progenitor.

Igual que en el caso de los padres que ejercen la Patria Potestad, pueden ambos, nombrar tutor para su hijo mayor incapacitado en sus respectivos testamentos; disposición que solo surtirá efecto si el otro progenitor ya hubiera muerto. Si al abrirse el testamento en el que se haya hecho designación de tutor testamentario, el otro progenitor está en posibilidad de ejercer la tutela, la cláusula de nombramiento de tutor se tendrá por no puesta.

Solamente a los padres, la ley les otorga el derecho de nombrar tutor a su hijo mayor incapacitado. En ningún otro caso habrá lugar a tutela testamentaria sobre los mayores de edad incapacitados.

c) El adoptante. (Artículo 481 Idem).

El adoptante que ejerza la Patria Potestad, tiene el mismo derecho de nombrar tutor testamentario para su hijo adoptivo, aplicándose a esta tutela, las mismas normas de la tutela testamentaria. No señala la ley, si el adoptante puede nombrar tutor testamentario sobre el hijo adoptivo mayor incapacitado, pero como el que adopta tiene los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres con respecto a sus hijos (Artículo 395 Idem), deberá entenderse que sí tienen este derecho.

d) El que deja bienes por testamento a un incapaz.

Si una persona pariente o extraño, deja bienes por herencia o por legado a un incapaz que no esté bajo la Patria Potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor testamentario, solamente para la administración de los bienes que le deje.

Ya se dejó comentado líneas atrás, que éste, no es un caso de auténtico nombramiento de tutor, sino simplemente de un administrador de bienes, pues su función es específica en este sentido.

Sujetos pasivos de la tutela testamentaria:

Solamente puede nombrarse tutor testamentario, sobre los hijos o nietos, sujetos a Patria Potestad, o sobre los hijos mayores incapacitados. No se menciona a los mayores incapaces a los que alguien les deja bienes por legado o por herencia, porque ellos no son sujetos pasivos de la tutela, la tutela no se ejercerá sobre su persona, sino únicamente para la administración de tales bienes.

Si fueren varios los menores, (hijos o nietos) podrá nombrárselos un tutor común, o confírse a persona diferente la tutela de cada uno de ellos.

Si se nombran varios tutores, desempeñará la tutela, el primer nombrado a quien sustituirán los demás, por el orden de su nombramiento en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción. Si el testador nombra varios tutores en sustitución uno de otros, podrá establecer el orden que crea conveniente.

Si por cualquier motivo faltara temporalmente el tutor testamentario, el juez proveerá de tutor interino al menor.

El testador puede imponer todo tipo de normas, limitaciones y condiciones, para el desempeño de la tutela que crea conveniente siempre que no sean contrarias a las leyes. Estas reglas impuestas por el testador, pueden ser dispensadas o modificadas si a juicio del juez y oyendo al tutor y al curador, las estime dañosas a los menores.

En todo lo no dispuesto por el testador, se seguirán las reglas generales de la tutela en cuanto a los deberes y derechos del tutor y del curador.

Objeto de la tutela testamentaria:

Consiste en excluir de la Patria Potestad a los ascendientes de ulteriores grados. Recuérdese que la Patria Potestad se ejerce siguiendo el orden legal que establece el artículo 414 de nuestro Código Civil, ya visto anteriormente. Mediante el nombramiento de tutor testamentario, los padres eliminan a ambas parejas de abuelos del ejercicio de la Patria Potestad sobre sus hijos, dentro del ejercicio del mismo derecho, los abuelos paternos excluyen a los abuelos maternos y en cuanto a éstos últimos, que también tienen el derecho de nombrar tutor testamentario a sus nietos, tendrá por objeto designar a la persona que consideren más conveniente para la tutela de sus nietos, eliminando a los designados por la ley como tutores legítimos.

El objeto verdadero del derecho de los que ejercen la Patria Potestad, no es simplemente eliminar a otras personas del cuidado de los menores, sino nombrar a quien se considere más apto para esa función, ya que responde a la preocupación natural que tienen los padres, o abuelos cuando se interrogan acerca de qué. ¿Que será de sus hijos o nietos sujetos a Patria Potestad? Cuando ellos ya no existan.

Si el nombramiento de tutor testamentario se debió a que, los ascendientes excluidos estuvieren incapacitados o ausentes, la tutela cesará cuando cese el impedimento o se presenten los ascendientes, a no ser que el testador hubiere dispuesto expresamente que continúe la tutela.

II. Legítima: Artículo 482 Idem.

Es la que tiene lugar cuando no existe tutor testamentario, o cuando los padres pierden el ejercicio de la Patria Potestad, a cargo de las personas señaladas directamente en la ley.

La tutela legítima, la regula la ley en tres formas determinadas por el sujeto pasivo en la misma. Estas tres especies son:

- a) Tutela legítima de menores que tienen también familiares. Artículo 483 Idem.
- b) Tutela legítima de mayores incapacitados que tienen también familiares, que puedan cumplirla.
- c) Tutela legítima de incapaces abandonados.

a) Tutela legítima de menores que tienen también familiares:

Cuando los mayores quedan sin quien ejerza sobre ellos la Patria Potestad y los que la ejercían no designaron tutor testamentario, la tutela corresponderá a los parientes del menor en el siguiente orden:

1. A los hermanos, prefiriéndose a los que la sean por ambas líneas.
2. Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusiva.

Aunque la ley no señala en este último caso, el orden que debe seguirse para la elección, la misma se deduce de la siguiente norma: "Si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos el que le parezca más apto para el cargo". Ello puede entenderse en el sentido que deberá escogerse primeramente los de grado más cercano y entre ellos al más apto. Si hubieran varios parientes que puedan cumplir con el cargo de tutor y el menor ya ha cumplido dieciséis años, él hará la elección.

Al igual que en el caso de la falta temporal del tutor testamentario, cuando falta el tutor legítimo, el juez proveerá de tutor interino.

b) Tutela legítima de los mayores incapacitados: Artículos 486 a 491 Ídem

Al respecto se seguirá el orden establecido por la ley, que es el siguiente:

1. Si el incapacitado está casado, será tutor legítimo su cónyuge.
2. Si el incapacitado es un soltero, o viudo sin hijos, o cuyos hijos no pueden desempeñar el cargo, será tutor uno de sus progenitores, el padre o la madre, debiéndose ambos de poner de acuerdo respecto de quien de los dos ejercerá el cargo. Si solo existe uno de ellos padre o madre, éste será el tutor.
3. Si el incapacitado no tiene cónyuge, hijos mayores, ni progenitores, serán llamados a desempeñar la tutela sucesivamente los abuelos, los hermanos y demás colaterales, escogiéndose dentro del mismo grado que corresponda, al más apto.

Cuando el incapacitado tenga hijos menores de edad, sobre los que ejercía la Patria Potestad antes de ser declarado incapaz, el tutor que se le nombre, será también tutor de sus hijos menores cuando no haya otro ascendiente, a quien la ley llame para el ejercicio de la Patria Potestad.

c) Tutela legítima de los menores abandonados: Artículos 492 a 494 Ídem.

Cuando los menores abandonados por sus parientes, han sido acogidos por alguna persona, ésta será considerada tutor legítimo del menor.

En caso de que los menores abandonados hayan sido acogidos por algún establecimiento de beneficencia, el director del mismo, desempeñará

la tutela con arreglo a las leyes y a los estatutos del establecimiento en cuestión.

Esta última clase da tutela, no requiere del discernimiento del cargo.

III. Dativa: Artículos 495 a 502 Idem.

La tutela dativa, es la que surge a falta de la testamentaria y la legítima y le corresponde a los menores emancipados para casos judiciales.

Surge también la dativa, cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su cargo y no hay ningún pariente de los designados por la ley para cumplirlo.

Nombramiento de tutor dativo:

Las personas que pueden nombrar tutor dativo son:

- El propio menor si ya cumplió dieciséis años.
- El juez de lo familiar.

a) Tutor nombrado al el menor ya cumplió dieciséis años:

En este supuesto, el juez de lo familiar confirmará o reprobará la elección del menor. Para reprobar las ulteriores designaciones que haga el menor, el juez tendrá que oír el parecer del Consejo Local de Tutelas. Si se rechazan los nombramientos que haga el menor, corresponderá al juez el nombramiento de tutor. El derecho del menor a nombrarse tutor, no es pues absoluto, ya que está sujeto en todo caso a la aprobación judicial y al parecer del Consejo Local de Tutelas.

La opinión del juez no deberá ser obviamente arbitraria, sino que expondrá las razones que le asisten para rechazar a la persona nombrada por el menor, mayor de dieciséis años.

b) Tutor nombrado por el Juez de los Familiares:

Corresponde al juez designar tutor cuando el menor no ha cumplido dieciséis años, o cuando juzga impropia la persona que ha elegido el menor para su tutor.

Para elegir tutor, se le proporciona al juez una lista formada por el Consejo Local de Tutelas, la cual tendrá en cuenta las buenas costumbres notorias, más el interés por la infancia desvalida al conformar dicha lista.

A todo menor de edad que no esté sujeto a Patria Potestad ni a tutela testamentaria o legítima, deberá nombrársele tutor dativo, aunque dicho menor no tenga bienes. La tutela tendrá por objeto en este caso, el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba una educación conveniente. Si el menor adquiere con posterioridad bienes, se seguirá para con el tutor todas las reglas generales de la tutela.

Sujetos activos de la tutela dativa:

Además de las personas que en cada delegación forman la lista que haga el Consejo Local de Tutelas, tienen obligación de desempeñar este cargo:

- i. El Presidente Municipal del domicilio del menor (el Delegado).
- ii. Los demás regidores del Ayuntamiento (las siguientes autoridades administrativas de la Delegación).
- iii. Las personas que desempeñen la autoridad administrativa, en los lugares en donde no hubiere Ayuntamiento.

- IV. Los profesores oficiales de Instrucción primaria, secundaria o profesional del lugar donde viva el menor.
- V. Los Miembros de la Junta de Beneficencia Pública o Privada que disfruten de sueldo del erario.
- VI. Los miembros de establecimientos de beneficencia pública.

El juez de lo familiar escogerá entre las personas mencionadas y entre las que conforman la lista, formada en cada delegación por los Consejos Locales de Tutelas, cuando éstas últimas estén conformes en desempeñar gratuitamente la tutela de que se trate.

El juez elegirá procurando que los cargos de tutor se repartan equitativamente entre las personas obligadas mencionadas, las cuales podrán excusarse del desempeño de estas funciones en las mismas circunstancias ya enumeradas, (Artículo 511, fracción III). Ejemplo: Los que tienen bajo su Patria Potestad a tres o más descendientes.

CAPITULO III

RESPONSABILIDAD DE LOS ACTOS ILCITOS

Introducción

El tema de esta tesis, es la responsabilidad de los actos ilícitos realizados por los incapaces sujetos a Patria Potestad y tutela. Todo lo anterior ha sido expuesto con la finalidad de explicar lo más brevemente posible los conceptos más importantes que giran alrededor del menor, con el objeto de poder llegar a comprender hasta donde responderán por sus actos, los menores o los padres de estos.

Pero antes de antrar a explicar la responsabilidad de cada uno, es conveniente analizar algunos aspectos de la persona del menor que desde mi punto de vista son esenciales, ya que de ellos dependerá en gran medida el grado de responsabilidad por los actos que causen.

I. La realidad de cada nueva existencia humana ante el derecho:

Aún cuando pasa desapercibido desde el mismo instante de la concepción, la vida del ser ya concebido se encuentra inmersa en el ámbito del derecho. Estimación que recoge el principio cuarto de la "Declaración de los Derechos del Niño", al enunciar la necesidad de otorgar una protección jurídica adecuada, "Tanto antes como después del nacimiento" señalando al efecto que "una ayuda y una protección especiales deben serle aseguradas a sí mismo como a su madre..."

El ser humano sin excepción alguna, es sujeto de relaciones jurídicas y esto es tanto como afirmar el reconocimiento explícito de su calidad de persona.

Esta extensión de la subjetividad jurídica, constituye la nota más sobresaliente de la evolución del derecho. Una evolución subjetiva que va señalando nuevas vías al conocimiento del derecho objetivo.

En estas fases evolutivas del desarrollo de la personalidad, todos los seres humanos ostentan la cualidad de sujeto de las relaciones jurídicas, pero el ejercicio de tal titularidad por lógicas razones naturales, no pueden hacerla valer, en tanto que no alcancen esa necesaria madurez que es consecuencia directa de haberse logrado, en el plano individual.

Hasta fechas muy recientes los psicólogos han tomado en cuenta al menor como un ser diferente del adulto, es decir, anteriormente se les consideraba como adultos en pequeño, con las mismas cualidades pero en diferentes cantidades. Hoy por el contrario, la psicología evolutiva nos presenta una panorámica totalmente diferente: la personalidad del menor, niño o adolescente como diferente a la persona del adulto, que no admite similitudes o semejanzas.

Cada una de las etapas por las que va pasando el niño durante su desarrollo o crecimiento, son constitutivas y no accidentales, es la forma misma que reviste el desarrollo humano. Por lo tanto, habrá que tomar en cuenta el medio en que su desarrollo personal tiene lugar. Medio que le viene dado pero al que le es necesario dotar de adaptaciones que cuadren con las necesidades específicas por las que ha de pasar cada individualidad.

En consecuencia nos encontramos entre una lucha de intereses, los intereses de los menores, tanto individuales como colectivos, frente a los intereses de los demás hombres ya adultos, que ocupan una posición respecto de los propios intereses y ésta puede ser de indiferencia,

equivalencia o de preeminencia. Debe resaltarse que debido a la propia naturaleza humana se desprende el carácter preminente que ostentan.

Propio de la naturaleza humana es que las necesidades crezcan a medida que el desarrollo de la personalidad del individuo se produce. De aquí la exigencia también natural de que aumente el aporte exterior, en la medida que sea necesario, para que mediante la satisfacción de aquellas necesidades vitales y fundamentales, se asegure el más óptimo e integral desenvolvimiento personal.

II. La Minoría de Edad:

La palabra menor proviene del latín "minor", adjetivo comparativo que referido al ser humano, se utiliza para diferenciarlo de una parte de la colectividad, ya que no ha alcanzado su total desarrollo físico e intelectual o el pleno desenvolvimiento de su personalidad. Adjetivo comparativo que al ser recogido por el derecho determina una situación concreta de la vida humana a la que se le denomina "minoría de edad".

El hombre desde su nacimiento tiene potencialmente capacidad jurídica, es decir, en el hombre se reconocen dos tipos de capacidades, una de goce que es aquella que adquirimos desde el nacimiento y otra de ejercicio que se adquiere con la mayoría de edad. Así lo establecen los artículos 22, 23 y 24 del Código Civil del Distrito Federal que establecen:

Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.

Artículo 23. La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley son restricciones a la personalidad

jurídica, pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

Artículo 24. El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

Existen otros criterios de mayor restricción sobre el significado de minoría, surgiendo como consecuencia de ello el problema de su aparición por los sistemas jurídicos contemporáneos.

Las soluciones adoptadas son:

1. Determinar con carácter general y de forma objetiva, la edad a partir de la cual una vez cumplida, se alcanza la mayoría y por tanto se adquiere la plena capacidad jurídica de obrar y el sujeto es plenamente responsable de todos sus actos, sin perjuicio de irse fijando periodos precedentes, para conceder a cada persona una cierta capacidad o exigirle una responsabilidad atenuada por sus actos.
2. Habría que apreciar desde un punto de vista subjetivo el desarrollo de cada persona, para hacer esto el grado de capacidad o incapacidad y consiguientemente el de su imputabilidad.

La concepción clásica de la minoría de edad está siendo superada por los postulados de la nueva ciencia jurídica de menores en cuanto que propugna la instauración de una concepción radicalmente diferente, al concebir a la persona humana en las primeras fases del desarrollo, como un ser racional y potencialmente libre. Esta concepción se fundamenta en el sentido de la razón práctica y en la determinación hacia lo justo y no en la limitación del arbitrio individual.

En la minoría de edad generalmente el sujeto desconoce cuales son sus intereses y es posible, además, que por su representante legal no se hagan valer, el derecho objetivo debe determinarlos para que sin excepción y al ser conocidos, se les puedan otorgar.

"Así el significado de lo suyo adquiere una nueva dimensión, el quedar tutelados por la ley, aquellos intereses privativos y darse consecuentemente una inédita significación al concepto tutelar de la justicia y un auténtico carácter protector al derecho que así lo establece¹.

Justificación y necesidad del estudio del Derecho de Menores

El derecho de menores constituye quizá uno de los temas sobre el que la conciencia social está más desconcentrada. A través del tiempo y con el desarrollo social, el Estado ha tomado conciencia de la protección que debe darle a sus menores, hasta llegar a crear instituciones jurídicas tendientes a protegerlos.

Anteriormente los padres daban cuidado y protección a sus hijos movidos por el amor hacia ellos, pero actualmente es un deber legal que les impone la obligación de alimentar, proteger y educar a sus hijos menores.

Los menores tienen derecho a todo aquello que les asegure una mejor existencia, o una educación tan amplia como sea posible, a un amor por parte de los adultos, pero en ningún momento este amor es el que implica los deberes de los primeros para con los segundos. El derecho

¹ L. Mendizabal Cas, Derecho de Menores, Teoría General pág. 45 Madrid 1977.

subjetivo implica la facultad de exigir a los demás el cumplimiento de una obligación, que por el hecho de serlo no se pueda eludir.

Naturaleza Jurídica.

El derecho de menores se rige fundamentalmente por dos principios de carácter excepcional que lo diferencian de las demás ramas del derecho y son el principio "eminentemente tutélico" en el que reside la esencia misma de su existir y el de "cooperación" que proyectado hacia la dinámica evolutiva de la personalidad de los menores, comparte la exigencia político-social de encausar a toda una colectividad hacia metas de integración comunitaria.

Preceptos Jurídico-Políticos.

La transformación social y política de la humanidad ha hecho que todos los países hayan admitido la necesidad de adoptar una política de la Juventud. La política de la juventud, rectamente entendida e interpretada, se transforma en un quehacer urgente e imprescindible al tomar conciencia de esa colectividad que se integra con la infancia, con la adolescencia y con la juventud menor de edad.

La política de la juventud es un proyecto normativo, como expresión del poder soberano del Estado, es la pauta y el factor constituyente de un nuevo orden jurídico: "El Derecho de Menores" y esto es precisamente por ser la situación y estado jurídico de la menor edad la que exige las garantías, la seguridad y estabilidad que únicamente mediante el derecho es hacedero otorgar, para que la evolución de la personalidad humana no

se trunque y pueda alcanzar mediante un normal desarrollo la mayoría de edad.

Carácter del Derecho de Menores.

Todas aquellas normas positivas en las cuales se haga referencia a los menores, deberán ser aplicadas e interpretadas siempre en busca de un beneficio en favor del menor. Esto debido a su carácter tutelar o protector.

Protección que nació de una acción estatal desde los tiempos del ius civile romano, con el propósito de defender a los seres humanos más débiles, supliendo con instituciones tradicionales como la Patria Potestad y la tutela, la incapacidad natural que por razón de su menor edad, tiene todo hombre para valerse por sí mismo. Principio protector que es de carácter permanente por tener un fundamento en la justicia; ya que la justicia en su más alta concepción valorativa no es accidental ni transitoria. Y es integral porque trata de contemplar todas las situaciones y circunstancias en que el menor, tanto en su persona como en sus bienes, derechos o acciones pueda verse afectado.

El período de tiempo que comprende desde la concepción de la persona hasta que alcanza su plena capacidad de obrar, se configura no como la de un individuo carente de capacidad de obrar, "sino como la de una persona especialmente protegida por el derecho".

Quien se encuentra en esta situación disfruta de derechos y obligaciones que son Inmodificables e Intransmisibles por la simple voluntad

² Idem, pág., 53

de quien los ostenta, porque unos y otros surgen y extinguen tan solo por el hecho natural de la concepción y del subsiguiente nacimiento, por el límite cronológico de la mayoría de edad o por la muerte. 62.5

Función de Derecho de Menores:

La función del derecho de menores es constituir el instrumento por el que se pueda otorgar lo suyo a cada menor, del modo más ordenado, económico, seguro y tranquilo posible. Pese a ello el derecho de menores, producto humano nunca será extremadamente perfecto ni totalmente nocivo, funcionará mejor o peor, con mayores o menores posibilidades de acierto, pero en todo caso tenderá hacia la realización de la justicia.

La auténtica función del derecho de menores es la de amparar y asegurar el desarrollo integral del proceso evolutivo de la personalidad de cada menor, función que deriva esencialmente en el plano positivo de esa pretensión que inmediatamente, asumió el Estado en los países que cuentan con una legislación de menores más progresista, al colocar a los menores bajo esa tutela genérica que denomina tutela del Estado.

El estatuto de menores venezolano, en su título preliminar y con el carácter de disposiciones fundamentales establece:

Art. 1. El presente estatuto establece al derecho que tiene el menor a vivir en condiciones que le permitan llegar a su complejo y normal desarrollo físico, intelectual y moral. Al efecto el Estado garantiza los medios y condiciones necesarios:

- a) Para que goce del derecho de conocer a sus padres.

- b) Para que sea debidamente asistido, alimentado y defendido en su salud hasta su completo desarrollo, dentro de un ambiente de seguridad material y moral, por las personas a quienes legalmente corresponda y en su defecto por el Estado.
- c) Para que no sea explotado ni en su persona, ni en su trabajo y para que no sufra maltratos morales ni corporales.
- d) Para que goce de una educación integral y orientada a formar el espíritu democrático.
- e) Para que sean amparados y juzgados por leyes, disposiciones y tribunales especiales.
- f) Para que no sea considerado como delincuente y en consecuencia, para que no sufra penas por las infracciones que cometa, debiendo en tales casos, ser sometido a procedimientos reeducativos.
- g) Para que la justicia que se le imparta sea absolutamente gratuita.
- h) Para que no se le aparte del seno de su familia, sino en los casos que constituyan grave peligro para su seguridad material o moral.
- i) Para que no sea sometido a prácticas o enseñanzas religiosas distintas de las ejercidas o suministradas en el hogar de sus padres.
- j) Para que no sufra calificaciones humillantes.

El derecho de menores consolida la cohesión social en cuanto ordena la convivencia verticalmente en el plano integracional.

Como podemos darnos cuenta, se está buscando proteger al menor en todos sus aspectos, tanto físico como moral, tratando de encontrar con esto, su mejor desarrollo en el plano familiar y social.

CARACTERÍSTICAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO DE MENORES

La finalidad de los ordenamientos jurídicos es el determinar la protección de la persona del menor y estos deberán encaminarse a fijar no solo la conducta entre los adultos y los menores, sino además de los menores entre sí y la conducta de estos para con los mayores. La determinación de estas conductas no puede quedar reducida únicamente al marco estricto e íntimo de las conciencias sino que además deberá de obligarse por la ley positiva y así al carácter subjetivo de la relación, se le añadiría la nota de su imperatividad.

Debemos de tomar en cuenta además, que estas normas u ordenamientos jurídicos no pueden ser estables, deberán ir modificándose o cambiando según lo haga la propia sociedad, porque no debemos olvidar que la finalidad esencial del derecho de menores es como ya lo había mencionado anteriormente, el "dar lo suyo a cada menor".

Como consecuencia de lo anterior, podemos encontrar varias características:

I. Plenitud del ordenamiento jurídico.

Es decir, es la exigencia que determina el que cualquier situación conflictiva referida a un menor, tenga una solución, ya que de hecho, es lógico que se produzcan situaciones conflictivas no previstas por alguna disposición, o en el caso de que sea contemplado por varias disposiciones, arbitrar los remedios precisos para que aquella situación pueda superarse.

II. Carácter atrayenta.

En el ordenamiento jurídico de menores tendrá que excluirse la aplicación de normas jurídicas que no estén recogidas en su propio ámbito, ya que el carácter singular y privilegiado del Derecho de Menores es una manifestación importantísima, en nuestro tiempo, de un ordenamiento radicalmente diferenciado no por el ámbito objetivo de su aplicación, sino por tratarse de un derecho protector del menor.

Sin embargo y como es lógico pensar, existirán lagunas o bien contradicción entre dos o más preceptos, la solución desde mi punto de vista, sería en el primer caso, acudir a las fuentes del derecho y tratándose del segundo, la ley más moderna excluirá a la antigua, porque no debemos olvidar que este derecho está surgiendo de la evolución de la sociedad, de los cambios sociales que nos han llevado a tratar de lograr una protección mayor para nuestros menores.

III. Justo.

Es decir, que tienda siempre a la justicia tutelar.

En mi opinión, nunca deberá utilizarse la analogía para resolver cualquier conflicto entre los ordenamientos jurídicos, porque debemos de recordar que todos los menores son diferentes, ya sea en educación, costumbres o nivel económico y sería casi imposible, encontrar a dos o más menores con características iguales, tal vez si muy parecidas, pero no iguales y por lo tanto, el trato no puede ser igual.

La variedad de ordenamientos jurídicos de Menores.

En la fase actual en que se encuentra el Derecho de Menores y ante la variedad de ordenamientos jurídicos, existentes a nivel interno en los países del mundo, sería casi imposible pensar en utilizar todo este rico material normativo disponible, si con él lo que se pretende es orientar fundamentalmente el conocimiento hacia finalidades teóricas o histórico-filosóficas, ya que lo único posible será marcar orientaciones que, cuando más, podrán dirigirse hacia finalidades prácticas que se encaminen a la aplicación del derecho. Ahora bien, si tomamos en cuenta la variedad de ordenamientos jurídicos y de otra la universalidad y permanente unidad de la naturaleza humana durante los estadios cronológicos de la minoría de edad, contaremos con un elemento cambiante y otro de carácter fijo que nos permitirá analizar el contenido de aquellos ordenamientos. Análisis que habrá de encaminarse a superar aquella variedad con el propósito de deducir de ella, los elementos comunes. De este modo, el conocimiento científico de esta variedad y el sistema seguido para superarla, constituyen, en definitiva, el contenido científico del Derecho comparado de Menores.

El derecho comparado de menores, en cuanto que constituye un indispensable complemento de la filosofía jurídica de menores, coadyuva eficazmente a la implantación de un orden justo y progresivo de convivencia intergeneracional.

El objeto de la comparación jurídica reside en la determinación de las causas y efectos, tanto de las semejanzas como de las diferencias, cotejándolos en relación con las variedades histórico-sociales en que se originan los respectivos ordenamientos.

Podemos afirmar con carácter general, que existe cada día más, una tendencia creciente a nivel universal, a reconocer, ampliar y consolidar los derechos de los menores en la actualidad. Tendencia que comprobamos fácilmente si analizamos las medidas que legalmente adoptan la mayoría de los países para proteger a sus menores.

En líneas generales puede establecerse los siguientes criterios legislativos:

- a) Se tiende hacia la modificación de los diferentes límites de edad que determinan el estatuto de los menores para anticipar el disfrute de ciertos derechos que tradicionalmente no se les concedían en los ámbitos civil y político, sin perjuicio de elevar o mantener aquellos límites de edad respecto a cuestiones estrictamente protectoras, ya lo sean en función de la inimputabilidad penal o por razones de asistencia y de seguridad sociales, incluso, también de índole laboral.
- b) Se tiende a reconocer ciertos derechos en orden a la participación de los escolares, en los niveles medios y superior en el ámbito de la gestión escolar.
- c) Se tiende a crear, fortalecer o reformar los múltiples servicios e instituciones referidos a la juventud, ante la toma de conciencia de la existencia de una Política de la Juventud que

exige la integración participante de los jóvenes en los quehaceres comunitarios de la sociedad³

Las interferencias que se producen entre el Derecho Civil y el Derecho de Menores, contribuyen a dificultar que cada uno de estos derechos pueda llegar a deslindarse en sus respectivos campos y consecuentemente, entorpecen la posibilidad histórica de llegar a determinar el estatuto jurídico de los menores.

Leyes civiles, penales y administrativas, aseguran en los diferentes países la protección de los menores abandonados, descuidados, inadaptados, retrasados, en peligro moral o en situación irregular, así como su reinserción familiar y social, pero esa protección específica no aparece generalizada ni se extiende a aquellos menores que no se encuentren en una situación de las señaladas. También existen leyes especiales referidas a los menores, que coexisten con leyes de carácter general, centradas en estas mismas cuestiones.

Entre éstas últimas, en el continente europeo, se ha producido una escisión o mejor dicho, un enfoque diferente: los países escandinavos han arbitrado un sistema que separa del tradicional, circunscrito en el organismo jurisdiccional de menores, al dar entrada a sus comisiones de protección de menores de índole esencialmente administrativo, aún cuando sus decisiones pueden ser revisadas en vía jurisdiccional.

Por otra parte, la mayoría de los países reconocen la responsabilidad que tiene contraída la sociedad, ante la problemática de los menores y consecuentemente, el Derecho hace eco de esta responsabilidad, aún

³ *Idem*, pág. 100

cuando lo haga con gran timidez. De aquí deriva el papel judicial y social que asignan a la magistratura de menores en la comunidad y que parece de hecho casi imposible la concepción de un Derecho sustantivo de Menores al margen de esta magistratura.

Derecho de menores que por lo visto aún se encuentra en un proceso evolutivo, al que le hará falta muchos años de estudio y aplicación para alcanzar su máximo desarrollo.

Proceso histórico de los ordenamientos jurídicos de menores

Sería paradójico hablar de un Derecho de Menores en la antigüedad, ya que como todos sabemos, estaban en muchos casos hasta privados de la propia vida.

En las sociedades orientales, existía la negación de toda personalidad al niño y el deber de cultivar su espíritu, pero en algún modo daban garantías para proteger su integridad corporal.

Las castas constituían clases hereditarias y el destino de cada cual, se determinaba por el nacimiento y no por la libre elección personal.

El indio había de dominar su pensamiento y voluntad desde la infancia, para confundirse y aniquilarse en penitencia y maceraciones en el designio divino.

En las Repúblicas griegas, los derechos individuales estuvieron siempre subordinados a los del Estado. Tal parece que se pensaba poco en cultivar los valores personales, cuando el niño permanecía con la nodriza, con el esclavo o con el pedagogo, sujeto a un régimen cerrado de ejercicio rutinario. Cuando iba a la escuela, bien había de guardarse de manifestar sus gustos y afinidades, porque en tal caso se le azotaba

duramente. En la República de Platón, solo los guerreros y magistrados tenían derecho a una educación superior, mientras que los artesanos y labradores, solo tenían derecho a aprender su propio oficio, todo esto en cuanto al espíritu, ya que tratándose de vida, ésta se le negaba a quienes nacieran débiles y enfermos; en otras palabras no había una garantía para la vida. Aristóteles, instituye ya los derechos del hombre. En lo físico, se preocupó de la educación antes de que el niño naciera y aún antes de que sea concebido, cuando reglamenta el matrimonio, trata de la higiene de la madre durante la gestación, así como otras varias cuestiones que hoy suscribirían los higienistas y los pediatras modernos.

Aristóteles sin duda, rechaza la teoría platónica en cuanto que ésta pedía la ausencia de los padres en la educación de los hijos, al decir que "Queremos a estos como parte de nosotros mismos y pedir que en pro de la educación, se consolide la familia y se estrechen los lazos".

En Roma, como ya lo hemos mencionado anteriormente, la institución del pater familias es un símbolo de la negación de derechos a todos los que integran la familia y sobre todo en el hijo. El padre ejercía sobre aquél, un poder tan absoluto que casi podría equiparse a un derecho de propiedad.

El pater familias concentraba todos los poderes soberanos. Era el supremo regulador de la familia, el único juez de las faltas que cometían los que estaban sometidos a su Patria Potestad. Con esto, no se quiere rafflejar más que el aspecto jurídico y sin que con ellos se pueda deducir la total ausencia de afecto y de todo sentimiento moral entre las relaciones paterno filiales.

Cuando se tiene verdadero reconocimiento de los derechos individuales, es con la aparición del cristianismo que al hacer que cada persona respondiera de sus propios actos, instaura el reinado de la libertad contra el despotismo estatal. La dignificación del niño encuentra su más clara expresión, en el Nuevo Testamento al decir: 'Mirad que no desprecéis a alguno de estos pequeños, porque os hago saber que sus ángeles de guarda en los cielos, están siempre viendo la cara de mi Padre Celestial'⁴.

En otros pasajes del mismo Evangelio⁵, "En esta sazón, le presentaron unos niños para que pusiera sobre ellos las manos y orase; más los discípulos creyendo que le importunaban, les reñían. Jesús por el contrario, les dijo: 'Dejad en paz a los niños y no les estorbéis de venir a mí, porque de los que son como ellos, es el reino de los cielos'. Y cogiendo a un niño, le puso en medio de ellos y después de abrazarle, dijoles: "Cualquiera que acogiere a uno de estos niños por amor mío, a mí me acoge y cualquiera que me acoge, no tanto me acoge a mí como al que a mí me ha enviado"⁶.

En el ámbito islámico, el primer derecho de todo hijo es el derecho de vivir y así se reconoce en el Corán que concluyó con la bárbara costumbre de los árabes del desierto, de matar a sus hijos.

Dios, clemente y misericordioso dijo:

⁴ San Mateo, Santo Evangelio según 18.10.

⁵ Idem, 19.13 14.15

⁶ San Marcos, Santo Evangelio según 9.35,36.

"Están perdidos los que matan a sus hijos por locura o por ignorancia"⁷. "No mateis a vuestros hijos por causa de indigencia, tendreis con que vivir así como ellos"⁸. "No mateis a vuestros hijos por miedo a vuestra pobreza, los alimentaremos así como a vosotros"⁹.

El antiguo derecho ibero, señalaba el sentimiento del valor de la individualidad, reflejándole en ese subjetivismo jurídico que enraiza en la propia personalidad humana y que después recogería el Derecho Castellano, es la fiel expresión de un Derecho que representa características propias.

El objeto del Derecho de Menores.

Recordando lo que expuse anteriormente, en relación con la función del Derecho de Menores, se puede afirmar que su objeto es la protección del menor ante cualquier circunstancia en que se encuentra. Es decir, el dar lo que corresponde a cada menor y sin olvidar que lo propio del Derecho de Menores, es aquella relación que por su naturaleza jurídica-tutitiva determina su singularidad.

Podemos distinguir tres elementos fundamentales:

- a) Las partes o titulares de un derecho de los cuales uno ha de ser necesariamente un menor.
- b) Que se encuentra especialmente tutelado.
- c) El vínculo jurídico.

⁷ Corán Sura VI, vers. 141

⁸ Idem, Sura VI, vers. 152.

⁹ Idem, Sura XVII, vers. 48.

Las Partes en la Relación Jurídico-Tutiva.

El sujeto o titular de toda relación jurídico-tutiva constituye el punto esencial de referencia para determinar la naturaleza de aquella relación.

La persona del menor en su condición de sujeto de Derecho, adquiere esta cualidad cuando se encuentra relacionado con una o varias personas, a través de un vínculo jurídico. Es necesario ante esta realidad objetiva, concretar el punto en que convergen los respectivos sujetos, haciendo surgir la relación jurídica que respectivamente les liga, para centrar en él el problema. Problema que radica en conocer la razón que motiva, en cada caso, la existencia de tal relación, así como de los elementos a los que el sujeto menor de edad, puede ser referido.

Uno de estos elementos es el interés, que es consecuencia de la ratio iuris singular que lo fundamenta. De ahí que el sujeto no puede serlo cualquier persona, sino aquellas que por sus circunstancias personalísimas de invalidez e indefensión, desconocen la medida de lo suyo.

El ser humano durante la minoría de edad, viene a ser considerado ya como un sujeto sui generis, cuya diferencia con los otros sujetos mayores de edad, también debe ser ya considerado por los juristas. En este punto no se deberá intuir vagamente que es la persona del menor, sino que debe saberse con la mayor precisión y claridad.

La experiencia jurídica, desgraciadamente, no puede aportar a aquel saber gran contribución, pero sí puede servir para resolver los matices que configuran la personalidad humana, incluso durante los primeros estudios evolutivos de la existencia, en la libertad, para descubrir así su naturaleza. Matiz importante, que determina y condiciona, como algo diferente la personalidad del menor y la exigencia, en Justicia, de esa singular

protección que ha de constituirse en la salvaguarda del respeto que la forja y de su libertad que lo demanda.

El menor como sujeto y objeto del Derecho.

Si con el carácter general la persona humana no puede ser considerada objeto del Derecho, mucho menos los menores.

El menor en tanto que es persona, es considerado como sujeto, pero al mismo tiempo como objeto jurídico en estricto sentido, quizá por no haber sido posible construir lógicamente algunos principios jurídicos. Así por ejemplo encontramos en la legislación española lo siguiente: "Los tribunales podrán privar a los padres de la patria potestad o suspender el ejercicio de ésta, si trataran a sus hijos con dureza excesiva o si le dieran órdenes, consejos o ejemplos corruptos". Misma situación que encontramos regulada en nuestro código civil, con respecto a la suspensión o pérdida de la patria potestad. (Artículos 443, 444 y 447 Código Civil del Distrito Federal). Así podemos ver que es la persona del menor, el objeto o cosa lesionada moralmente o maltratada materialmente.

No obstante se nos hace difícil comprender y reconocer en la persona del menor, una cosa u objeto jurídico. De aquí el esfuerzo por hacer comprender a los legisladores, el significado trascendental del concepto de persona y del derecho al respecto, que la personalidad evolutiva del menor conlleva. Indudablemente, el punto de vista que nos permitirá enfocar en su exacta dimensión el problema, nos viene dado por ese carácter de alteridad que entraña el concepto persona, del que se deduce esa oposición o diversidad esencial entre la persona y la cosa. La esencia de la personalidad humana, radica en que no es identificable con

el propio ser de la cosa y consecuentemente, la persona ha de situarse en un plano superior y más allá de aquella.

Las Relaciones Jurídicas de Menores.

La persona de cada menor constituye una individualidad diferenciada, pero la separación existe entre cada ser humano con sus semejantes, que es más aparente que real, si pensamos que por su sociabilidad natural, aquella separación está referida a esa unión constitutiva que se produce entre quienes se ven impedidos a vivir en sociedad. De aquí que esta separación haya de concebirse siempre como unión y que esta unión, en cuanto que se manifiesta en la realidad, nos lleve a identificarla con la idea de relación.

Las relaciones jurídicas de menores, no son otra cosa que uniones establecidas por el derecho al contemplar la realidad social en que se desarrolla la vida del ser humano, durante las fases evolutivas de su desenvolvimiento personal, en las que por su falta de madurez, ha de contar con la debida protección.

LA EDAD DE LOS MENORES

Antes de seguir explicando las relaciones jurídicas de los menores, creo que es de mucha importancia analizar la edad de las personas, ya que en base a ella, un menor (jurídicamente hablando) dejará de serlo para convertirse en mayor. Así la edad marcará un paso muy grande en el desarrollo del menor, pero no solo eso, sino que además al cumplir la persona los 18 años, responderá por sus propios actos.

Concepto y significación jurídica

El inicio de la persona se produce con el nacimiento y a partir de este hecho, se determina la edad. Por ello la edad entendida como el lapso de tiempo que ha transcurrido desde el nacimiento de la persona, hasta un determinado momento de su vida, es una medida de la duración de la vida del ser humano. Pero a su vez, la edad de la persona condiciona su capacidad de obrar, por lo que no puede desconocerse que la persona con la edad, va desarrollando su capacidad física e intelectual, desde luego de manera muy desigual, en cuanto que en dicho desarrollo influyen el medio, la educación, aprendizaje, proporcionados por la capacidad económica y situación social. Y como para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones, suele estimarse necesaria una voluntad plenamente desarrollada y consciente, el ordenamiento jurídico ante la imposibilidad de medir caso por caso, el grado de madurez y también por razones de seguridad y certeza, señala un momento en la vida de las personas, a partir del cual se considera que han alcanzado aquella y por lo tanto, adquieren la capacidad de obrar.

Naturaleza Jurídica del Estado de Menor Edad.

El proceso codificador que se inicia en Europa en el siglo XIX, indirectamente configurará a la menor edad como un estado jurídico diferenciado, debido a haberse implantado el tránsito de minoría a la mayoría de edad con incuestionable precisión, firmeza y automatismo.

El estado de la minoría de edad claramente delimitado en el Derecho positivo contemporáneo, no fue, por otra parte, regulado con la precisión y rigor necesarios, originándose por tal motivo, indudables lagunas legislativas que la doctrina desconoció. El desconocimiento, por

parte de la doctrina más generalizada de instituciones tradicionales y su falta de sentido histórico, han sido la causa de que en nuestros días, la situación del menor ante el Derecho, constituya una indudable nebulosa. No está muy clara la situación del menor, pues si ciertos sectores más progresistas estiman, ante todo, el carácter protector de las normas que regulan el estado de la menor edad, otros anteponen a toda consideración las limitaciones que la norma impone a su capacidad para que pueda obrar con cierta autonomía.

El conocimiento filosófico del ser humano menor de edad, nos hace dirigir la razón hacia este único objeto, con el fin de llegar a saber lo que es realmente y poder así determinar su entidad propia. Y como quiera que el fundamento de su existencia radica en la razón misma de su esencia, haciendo de él una realidad concreta y diferenciada, que puede distinguirse precisamente por la insuficiente evolución de su personalidad, es posible afirmar que la situación de la minoría de edad es una circunstancia que exige, ante todo, una singular protección jurídica.

El orden jurídico referido a la situación de la menor edad no se puede disvincular de la realidad factica, de la realidad psico-biológica que ha de contemplar como un todo homogéneo. Y así, las fases evolutivas por las que atraviesa el hombre durante la menor edad, entrañan un proceso dinámico, con el fin de ir posibilitando, de forma progresivamente acompañada, lo que la misma naturaleza humana ha de ir exigiendo al ritmo del propio desenvolvimiento de la personalidad.

Antecedentes Históricos

El Derecho Romano desde sus orígenes, estableció tres periodos de edad: la infancia, la impubertad y la pubertad, sin embargo, el calificativo de "menor" no se aplicó a cualquier persona física que no hubiere cumplido los años que la ley exige para alcanzar la mayor edad, tal y como actualmente se estima, sino que por el contrario, se aplica exclusivamente al pupilo y precisamente por su condición de *sui iuris*.

El periodo de infancia dura hasta el séptimo año completo y durante él, la persona no puede realizar actos jurídicos. La impubertad se extiende hasta los 12 ó 14 años (tanto para hombres como mujeres) y la pubertad que comprende toda la vida.

Con la "Lex Plaetoria de Circumscriptione adulescentium" se subdivide la pubertad en mayor y menor edad. Los menores que reuniendo la condición de *sui iuris* siendo *puberes*, no tienen plena capacidad para obrar, pero en cuanto que resultaran perjudicados, se presumía que la otra parte había abusado de su inexperiencia y ligereza, el magistrado, además de imponer las penas que estableciera la Ley Plaetoria, otorgaba a los menores, la restitución por entero de lo que habían entregado, considerándose como no acaecido el acto dañoso¹⁰.

Los anglosajones rebajaron la mayoría de edad a los diez años. Los francos, burgones y los visigodos, la fijaron en 14 años.

El Fuero Viejo de Castilla estableció que los huérfanos menores de 16 años estaban sometidos a tutela, pero es en las Leyes de Partida cuando de forma clara y precisa, se diferencia a las personas en razón de la edad.

¹⁰ Ulpianus fr. 9 pág. 2 y 5 de *Minoribus*, IV, 4

El Fuero Juzgo y el Fuero Real establecen 20 años. Las Siete Partidas 25 años y el Código de Comercio 21 años.

Actualmente en España:

1. La Ley del 4 de julio de 1970, en su artículo 173 menciona "En la adopción ha de ser oído el adoptado menor de 14 años, si tuviese suficiente juicio.
2. La Ley del 13 de mayo de 1981, en su artículo 162 autoriza al menor para el ejercicio de sus derechos de la personalidad, si tiene las suficientes condiciones de madurez y obliga a contar con su previo consentimiento si tuviese suficiente juicio, cuando el titular o titulares de la patria potestad concierten como sus representantes legales, en contratos que les obliguen a realizar prestaciones personales, o impone la obligación de oírlos si tuvieran suficiente juicio, antes de decidir el juez sobre el desacuerdo que exista entre los titulares de la patria potestad.
3. Ley del 24 de Octubre de 1983, artículo 231; esta ley obliga al juez antes de constituir la tutela, a oír al tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de 12 años.

La edad da lugar a establecer dos estados civiles, el de la mayor y el de la menor edad. A cada uno de ellos va unida una determinada capacidad de obrar y por lo tanto, tener un estado civil u otro implica un concreto ámbito de libertad y responsabilidad.

La mayoría de edad es el término que los códigos y las legislaciones fijan para el ejercicio de la generalidad de los derechos, con ella se

adquiere la total independencia y la plena capacidad para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales.

Sin embargo, yo me pregunto, ¿Qué se entiende por suficiente juicio?

La Legislación Española nos habla de suficiente juicio en menores de 12 ó 14 años, pero no explica el alcance o el contenido de este suficiente juicio y además si tomamos en cuenta que los niños de esas edades no han alcanzado su plena madurez o desarrollo y que sinceramente son fáciles de convencer en ciertos aspectos, ¿hasta dónde el legislador podrá medir según sus circunstancias este suficiente juicio?

Es por esto que recalco la idea de que deberán tomarse en cuenta las circunstancias, educación y desarrollo de cada menor de manera individual.

En nuestra legislación, el artículo 11 del Código Civil de 1884 establece:

"La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento, pero desde el momento en que un individuo es procreado, entre bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

El artículo 22 del Código de 1928 establece:

"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

Y los artículos 23 y 24 del mismo Código Civil, establecen como ya lo había mencionado anteriormente, las restricciones a la personalidad jurídica y la disposición que le concede la ley al menor sobre su persona y bienes.

Derecho Comparado

En el siglo pasado los códigos de Francia, Italia, Portugal y otros fijaron la mayoría de edad en los 21 años. Otras legislaciones la adelantaron como Suiza a los 20 años, la Unión Soviética a los 18 años.

En la actualidad la mayoría de los países han establecido la mayoría de edad a partir de los 18 años y así tenemos por ejemplo: a nuestro país, Gran Bretaña (1969), Francia (1974), Alemania (1974) e Italia (1975).

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD O TUTELA

Debido a la gran importancia de este tema y a la diversidad de disposiciones existentes, creo que lo más conveniente será explicar cómo la mayoría de las legislaciones han tratado de dar solución a este problema de la responsabilidad civil de menores. Así empezaré por explicar desde la Legislación Española hasta terminar con la nuestra, ya que la finalidad de esta tesis es buscar las soluciones posibles para resolver los problemas de nuestros menores.

1. Legislación Española:

Imputabilidad del comportamiento dañoso aplicado a los incapaces:

Uno de los grandes pilares sobre los que se sustentan los sistemas de responsabilidad civil es el principio por el cual, para que una acción sea considerada culpable, es preciso que al autor de la misma le sea imputable dicha acción, lo que se traduce por otra parte en la no existencia de obligación de reparar el daño si no existe en el agente "voluntad libre y capacidad".

¿Qué ocurrirá pues, con los daños causados por personas privadas de capacidad natural? ¿Y en los casos de daños ocasionados por menores de edad?. No se trata de un problema de fácil solución, ni aún en el plano de las argumentaciones puramente morales. Debe decirse en primer lugar que hay que descartar los supuestos de daños producidos por aquellos sujetos en quienes no pueda hablarse de un verdadero querer, como es el caso de los menores. A este respecto, Conde Pumpido afirma que no existe diferencia jurídica entre el acto de un niño de seis años por ejemplo

y la caída de un rayo o una lluvia torrencial; e igual cabe decir de quienes sin ser menores, carecen por completo de voluntad. Así la doctrina española tanto civil como penal, establecen que un resultado dañoso de esa naturaleza se considera producto de fuerza mayor, igual que si se tratase de un acontecimiento de la naturaleza. El problema lo plantean de esta manera, respecto de los supuestos, asimilables por su analogía, de quienes se encuentran sometidos a patria potestad o tutela, pero cuya inmadurez o enfermedad mental no les priva de unos ciertos mecanismos volitivos.

El problema cobra especial interés cuando en la época actual, los menores se ven favorecidos por una lógica y creciente promoción social (como por ejemplo, el sometimiento a la legislación laboral desde los 16 años o el permiso para manejar algunos vehículos de motor desde la misma edad). Todo esto como consecuencia de la progresiva masificación social y a la vez, que es permitido si no causa un peligro en general.

Ahora bien, si en el ámbito del Derecho Penal y siguiendo, como lo hacen los propios Códigos, la doctrina clásica del nexo de reprochabilidad o imputabilidad, se parte de la consideración de los incapaces como imputables. ¿Quiere ello decir que la imputabilidad excluye la propia ilicitud del acto?. Evidentemente que no. Cuando la doctrina penal distingue entre causas de justificación, que excluyen la antijuricidad del acto y causas de inculpatibilidad, al pertenecer al segundo bloque de causas, no priva al acto una vez excluido el aspecto de la culpabilidad, de su ilicitud y esta conservación de ilicitud llevaría consigo así, la necesidad de reparar el daño causado.

La duda estaría en optar por una u otra de las posibles soluciones defendibles:

1. La que considera, dada la naturaleza patrimonial, no personal, de la responsabilidad civil y en aras de una idea o postulación tuitiva y proteccionista de las víctimas de los daños, que la reparación debe llevarse a cabo, aún imponiéndosela al inimputable, teniendo así dementes y menores que responder civilmente, pues otra cosa repugnaría, en palabras de Conde Pumpido "al principio de Justicia que impone que en el conflicto de intereses entre el patrimonio del dañador y el del dañado, no sea éste, auténticamente inocente del hecho, el sacrificado"¹¹
2. La que, fiel a la lógica jurídica del sistema más puro de responsabilidad subjetiva o por culpa, excluye la reparación de un daño que es ilícito, pero cuyo autor no deja de ser inimputable, inimputabilidad - dicen los defensores de esta teoría- que debe en definitiva traducirse en la irresponsabilidad de su autor.

Expongo a continuación en síntesis los argumentos de los defensores de una y otra solución.

La doctrina mayoritaria, invoca a favor de la tesis de la responsabilidad civil de los incapaces por sus actos dañosos con diferentes argumentos.

Uno de ellos es el argumento de equidad, utilizando con frecuencia en el derecho comparado, según el cual las personas no imputables quedan sujetas a la reparación de los daños causados por consecuencia

¹¹ Rogel, *Vida en la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Civil Español*, Civitas Madrid 1976 pág. 129

de sus actos antijurídicos cuando la equidad, atendidas las circunstancias del hecho, aconseje no hacer soportar el perjuicio al dañado.

Es el caso del artículo 1310 del Código Civil Austriaco o del artículo 54 del Código Civil Suizo, y más matizadamente, el párrafo 829 del Código Alemán en el que se indica que en aquellos casos en los cuales la equidad demanda la reparación del daño, no tendrá, sin embargo, esta lugar si ello supone la privación para el incapaz de los recursos necesarios para una subsistencia conforme con su situación o para la ejecución de los deberes de sostenimiento que la ley impone, (caso del cumplimiento de dar alimentos por ejemplo). Por su parte, el artículo 2047 del Código Civil Italiano, dispone en su párrafo segundo, que en el caso en el que el dañado no pueda obtener el resarcimiento de quien está encargado de la custodia del incapaz de entender o querer, podrá el juez en consideración a las condiciones económicas de las partes, condenar al autor del daño a una indemnización de equidad. Fulg Peña reconoce por ejemplo, la responsabilidad de los incapaces únicamente sobre la base de la equidad como argumento.

El argumento mayoritariamente invocado con anterioridad a la reforma del Código Civil Español en materia de tutela (Ley del 24 de octubre de 1983) en favor de la tesis de la imputabilidad de los incapaces en el ámbito civil, es el del inciso final del párrafo segundo del artículo 32, que como veremos posteriormente, ha sido suprimido con ocasión de dicha reforma: "Las que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos y aún de obligaciones cuando éstas hacen de los hechos o de las relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero". Si la referencia a "Los hechos", significa que el incapaz puede ver comprometido

su patrimonio como consecuencia de sus actos dañosos, y a éste se añade que el Código Penal, en el párrafo segundo de la regla primera del artículo 20, admite dentro de ciertos límites, la responsabilidad del patrimonio del incapaz, parece claro que los actos dañosos que ocasione hará derivar, al menos desde un punto de vista teórico, la obligación de reparar.

En la opinión de Díez Picazo, no debería el Código Civil haber configurado tal susceptibilidad de obligaciones de manera tan estrecha, dado que éstas no solo nacerán de los hechos o de relaciones existentes entre los bienes del incapacitado y un tercero, sino que los incapacitados serán susceptibles de obligaciones, siempre que tales obligaciones deriven de las fuentes generales de las obligaciones (art. 1089) y tales fuentes hayan sido como tales, válida y eficazmente constituidas.

El Conde Pumplido afirma que la posibilidad de que el menor o incapaz debe responder civilmente de las lesiones jurídicas, consecuencia de sus actos dañosos se deduce igualmente de la no discriminación, en el art. 1902 del Código Civil entre capacidad o incapacidad de quien "por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia".

También de manera mayoritaria se aprecia que el artículo 1903 del Código Civil no constituye ninguna objeción. Al atribuir este artículo a los padres y tutores, la responsabilidad por los daños causados por sus hijos menores o pupilos sobre la base de una supuesta culpa "in educando o in vigilando", no se hace sino establecer una norma especial de responsabilidad directa, del patrimonio de aquellas personas, que no impide que cuando falten o sean insolventes se aplique la "lex generalis" del artículo 1902 y respondan los propios incapaces (esta vez por el juego del art. 32 en conexión con el 1902, juego este de carácter subsidiario)..

A mayor abundamiento, señala De Castro, que cuando el artículo 20 del Código Penal en su regla primera -redacción anterior a la reforma de la ley del 25 de junio de 1983- establece que no habiendo persona que los tenga bajo su potestad, o siendo aquella insolvente, responderán con sus bienes los mismos enajenados, menores o sordomudos; con esto abre la puerta a una posible aplicación análoga para el caso de daños ocasionados como consecuencia de comportamientos ilícitos no constitutivos de delito. Este argumento es matizado por Lacruz que entiende que, aún siendo responsables estos incapaces en virtud del art. 20 del Código Penal, tal responsabilidad no deriva de la aplicación análoga del precepto, sino "del hecho de suministrar este precepto un criterio seguro para interpretar el 1902, por cuanto no haya razón para distinguir en este aspecto, entre la indemnización del hecho dañoso cuyo tipo constituye delito o falta, y el que no".

Albaladejo, por el contrario, se funda en la existencia de culpa y realiza una serie de observaciones:

- a) Respecto del argumento de equidad afirma Albaladejo que, a pesar de parecer una idea atrayente, pensando que es preferible que en vez de que lo soporte quien lo sufrió, lo resarza quien materialmente lo causó-, en el Derecho Español no existe, a diferencia de otros Códigos europeos, la posibilidad de mantener que por motivos de equidad, pueda lograrse el resarcimiento con cargo al patrimonio del incapaz, pues tal cosa constituiría un supuesto de responsabilidad sin culpa que, siendo excepcional en el Derecho Civil Español, no puede admitirse sino cuando la Ley lo establezca.

- b) Tampoco cree este autor que sea defendible el argumento del que era artículo 32, 2º, del Código Civil, e intenta superarlo afirmando que, si bien éste determina que un incapaz puede quedar obligado cuando la obligación nace -de los hechos- (y el acto dañoso de un incapaz lo es), lo único que significa es que el legislador puede establecer hechos que obliguen al incapaz; y esto no prueba de ninguna manera que uno de esos casos sea el daño extracontractual, que es el caso en estudio.
- c) En lo que se refiere al argumento defendido por Conda Pumpido, sobre la no discriminación entre los casos de capacidad o incapacidad del agente en el artículo 1902, defiende Albaladejo (siguiendo, por supuesto, en la óptica de un sistema subjetivo de responsabilidad civil) que no cabe aceptarse el resarcimiento del daño por parte de quien fue su causante material, dado que el artículo 1902 desde el momento en que la culpa parece requerir cierta capacidad de discernimiento, quedaría en su opinión privado de significado en caso de entender que del tenor literal del precepto -interviniendo culpa o negligencia- se pudiera desprender la responsabilidad del incapaz.
- d) Las propias palabras -interviniendo culpa o negligencia- sirven, en opinión de Albaladejo, para poner en tela de juicio el argumento basado en el artículo 20 del Código Penal; lo que proclama la regla primera del párrafo segundo de este artículo, es precisamente una excepción al sistema español

de responsabilidad por culpa, establecida exclusivamente para los actos u omisiones (productores de daños) tipificados como delitos o faltas. Y una excepción concebida por el legislador para el ámbito de los actos ilícitos penales en modo alguno puede extenderse a los actos ilícitos civiles, pues para estos regirá, por pura lógica jurídica, la regla general para ellos establecida. Otra cosa no supondría, según este autor, ni más ni menos que entender derogados los artículos 1902 y siguientes del Código Civil para entender que en la reparación de daños causados por actos ilícitos civiles, han sido sustituidos por las normas contenidas en el Código Penal sobre responsabilidad civil.

- e) En consecuencia, únicamente en el caso de que las personas a que se refiere el artículo 1903 del Código Civil, no logren probar que emplearon -toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño-, serán ellos quienes responderán con su patrimonio de las consecuencias del acto dañoso, quedando así restablecido el equilibrio patrimonial anterior a su producción. Por el contrario, si logran destruir la presunción de culpa que sobre ellos pesa en el párrafo final de este artículo, o bien si tales personas no existen o son insolventes, la solución, según este autor, ha de ser la no responsabilidad del patrimonio del incapaz.

Del examen de los argumentos en favor de una y otra teoría se deduce que ambas son tan igualmente defendibles como inconciliables.

En nuestro país la equidad no ha sido tratada muy ampliamente, sin embargo entendemos por ella al atributo de la justicia, que cumple la función de corregir y enmendar el derecho escrito, restringiendo unas veces la generalidad de la ley y otras extendiéndola para suprimir sus deficiencias, con objeto de atenuar el rigor de la misma.

El Código Civil para el Distrito Federal, contiene referencias directas a la equidad, en relación a la aplicación del derecho, en sus Artículos 20, 1845 y 196, al expresar.

ART. 20.- Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trata de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.

En cuanto a las cláusulas que pueden ponerse en los contratos: (cláusula penal y cumplimiento proporcional).

ART. 1845.- Si la modificación no pudiere ser exactamente proporcional, el juez reducirá la pena de una manera equitativa, teniendo en cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación.

RESPECTO AL DAÑO MORAL:

ART. 1916.-...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 la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Como podemos darnos cuenta, la misma ley trata de salvar todos aquellos casos en que por alguna causa no exista una ley expresa que determine la manera de actuar, esto con la finalidad de no dejar desprotegi-

da a ninguna de las partes que intervengan en el conflicto. Sin embargo en cuanto al tema que estamos tratando en esta tesis, la ley no establece nada al respecto, siendo que sería de mucha importancia que la equidad formará parte integrante en el tipo de conflictos que estamos en esta tesis.

Situación después de la Reforma del Código Civil en Materia Tutelar

Actualmente la cuestión sobre la imputabilidad o inimputabilidad de los incapaces se plantea únicamente sobre la aplicabilidad de la responsabilidad directa de los padres o tutores para casos de inexistencia o insolvencia de estos.

Es por esto que iré explicando quienes responden y por quienes responden al tenor de los códigos tanto civil como penal de la Legislación Española.

PERSONAS RESPONSABLES DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 1903 DEL CÓDIGO CIVIL:

1. Padres

Según la antigua redacción del Código Civil en su artículo 1903, "El padre y por muerte o incapacidad la madre, son responsables de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que vivan en su compañía. Los tutores son los de los perjuicios causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda", sin especificar si habitan o no en su compañía.

El paralelismo que la redacción de la norma establecía entre padres (respondían y responden ahora de los menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y habitan en su compañía) parece haberse roto con la

nueva redacción, "los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda", sin especificar si se trata de menores o mayores y no exigiendo tampoco la convivencia. En cambio, el párrafo que se refiere a los tutores no fue alterado en la reforma.

No se hace referencia a la edad de los hijos de forma directa, porque se dice "que estén bajo su guarda", pero ya se comprende que se refiera a los menores y a los mayores, sujetos a patria potestad prorrogada.

Otra variación del antiguo al vigenta artículo, es que en aquél, la madre respondía de los actos ilícitos de sus hijos solo para el caso de que no existiera el padre o este fuera incapaz. Actualmente habla de "padres". Este es el cambio fundamental. La otra variación mencionada (la referencia a vivir en compañía), que parece eliminar el preexistente paralelismo entre padres y tutores, fue probablemente tan solo de estilo y sin pretender un cambio de fondo, así opina Santos Briz¹².

En el vigente precepto se habla ya de padres, porque en la reforma del Código Civil de 1981 se transforma la patria potestad, de corresponder al padre y solo en su defecto, la madre pasa a los dos conjuntamente. Así que es lógico que ambos respondan también del ilícito civil realizado por el hijo y con esto responden todos los padres, ya sean por naturaleza o adoptivos y estén o no unidos en matrimonio.

Antes de la reforma del derecho de familia de 1981, los autores se planteaban la duda de a cual de los progenitores correspondía la responsabilidad civil de los ilícitos de sus hijos menores, en el supuesto de nulidad del matrimonio o separación de los cónyuges (el divorcio no existía aún en

¹² Santos Briz, La Responsabilidad Civil 4a. Edición pág. 438, 1986

España), cuando los hijos menores eran confiados a la madre, aún sin tener ésta, la patria potestad sobre ellos.

Ya después de 1981 con la patria potestad compartida por ambos padres y con la mayor variedad de supuestos, pues la nulidad y separación se une al divorcio, tres autores se ocupan principalmente del asunto: Yzquierdo¹³, Lacruz Berdejo¹⁴, De Angel.¹⁵

Para el primero, como actualmente en todos los supuestos de cesación de la vida matrimonial, salvo que se acuerde la privación o limitación de la patria potestad, ésta continúa siendo compartida, es dudoso si en esos casos la responsabilidad civil seguirá siendo de ambos esposos. Pero él opta por la postura negativa diciendo: "Creemos que no, pues al designarse qué hijos menores o incapacitados deben quedar al cuidado de cada uno de los cónyuges, y siendo fundamento de esta responsabilidad (ley en estudio), la omisión de determinados deberes respecto de los hijos que conviven con los padres o tutores, es claro que la reparación del daño debería corresponder a quien tenga consigo el hijo, cuya conducta produjo el resultado dañoso". No obstante, este autor se muestra dudoso de cuál sería la opinión de los tribunales al respecto, dada la tendencia manifestada por ellos a objetivar la responsabilidad civil.

¹³ Yzquierdo. La Responsabilidad Civil de Menores e Incapacitados, en estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares, pág. 178, 1984.

¹⁴ Lacruz Berdejo. Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Vol. 1, 2a. Edición pág. 570, 1985.

¹⁵ De Angel. Comentarios al Artículo 1903 del Código Civil, en Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia, Vol. II, 1984..

Para Lacruz, el nuevo texto del artículo 1903 al no exigir la convivencia, sino tan solo "la guarda", hace posible entender que el padre que no habita constantemente con los hijos... no está exento de responsabilidad. Igualmente, una separación arbitraria no le autoriza para descargar sobre el otro esposo o progenitor, las consecuencias desfavorables del cuidado de los hijos; hay que suponer entonces, -continúa Lacruz- que si uno sólo vela por los hijos y los tiene en su compañía, no es él el responsable exclusivo, y que aún ejerciendo el progenitor que convive con los hijos, la patria potestad en virtud del artículo 156-5o. el separado, en alguna medida o por el todo, sigue respondiendo conjuntamente con él.

Esta responsabilidad -sigue Lacruz- cesa si se demuestra positivamente (no mediante presunciones de culpa), la negligencia del guardador.

De Angel cree que: "En el caso de separación judicial, nulidad y divorcio, parece que el cónyuge responsable es aquel que tenga encomendada la guarda del menor (art. 90 A) y 91 del Código Civil), aunque hay que tener presente que si se considera la culpa in educando como fundamento (o al menos uno de ellos), la responsabilidad al otro progenitor, en cuanto hubiera participado en la educación del hijo. La letra del precepto, sin embargo, parece abonar la tesis restrictiva".

Otro problema actual en conexión con el anterior y que indican dos de los autores antes mencionados, es el de los daños causados por el menor o incapacitado, durante el período en que éste se encuentra en compañía del padre bajo cuya guarda no está. Yzquierdo sin resolverlo, plantea el interrogante de si en ese caso ¿responderán los dos progenitores, dado que ambos son quienes ejercen la patria potestad?

De Angel Yaguez ofrece dos soluciones al problema, según el criterio que se haya adoptado sobre los hechos ilícitos realizados por sus hijos:

1. Si se acepta el criterio de la culpa "in educando", parece que habrá de exigirse al cónyuge que tiene bajo su guarda al menor, salvo que el otro consorte hubiera participado antes en la labor educativa, en cuyo caso respondería también.
2. Si se sigue el criterio de la culpa "in vigilando" la responsabilidad sería del cónyuge con el que se halla de hecho el menor en ese momento.

Sin embargo, Lacruz opina que ya que los tribunales aplican la responsabilidad civil del Art. 1903 del Código Civil y 20 del Código Penal de una forma objetiva, la responsabilidad debe corresponder a ambos padres.

2. Otros Parientes.

Otra cuestión interesante, es si también pueden responder otros parientes de los menores, aunque no se encuentren mencionados en el art. 1903 del citado artículo.

La doctrina al respecto no es unánime. Los que estiman que el art. 1903 contiene una enumeración no exhaustiva de los casos de responsabilidad civil por acto de otro, entenderán que, aunque sólo sea por analogía con el supuesto de padres o tutores, pueden responder otros parientes, que de hecho, bien que sea temporalmente, cumplen las funciones de guarda correspondientes a aquellos. (La mayor parte de los autores piensan que la enumeración de personas responsables contenidas en el

art. 1903 es exhaustiva, como De Angel¹⁶, León González, Rogel Vida, Scaevola¹⁷, Castan Tobeñas¹⁸ y Puig Peña¹⁹.

Lo que parece ser es que el art. 1903 contiene una enumeración cerrada. La "ratio" de la responsabilidad de padres y tutores se apoya sobre dos pilares:

1. La obligación de unos y otros de ocuparse de menores y tutelados por la relación de filiación o tutela que les une con ellos, tanto para cuidar de esos mismos menores o incapacitados, como para que no causen daño ó a otros.
2. La responsabilidad de ejercitar esas funciones por medio de los poderes y facultades que sobre aquellos les concede la ley y la sociedad. Esta razón no se da más en el caso de padres y tutoras y no en el de los demás parientes, pues a estos les falta la obligación y los correlativos poderes que ésta lleva consigo.

En ninguno de los textos legales penales o civiles que han regulado este tema, se ha hablado nunca de otros parientes. Tan solo en el proyecto del Código Penal de 1921 y en el Código Penal de 1822 se mencionaba a los ascendientes. Actualmente, con la legislación vigente puedan ejercer la

¹⁶ Del Angel, Lecciones de Responsabilidad Civil, pág. 61, Bilbao 1978.

¹⁷ León González, Rogel Vida, Scaevola, Código Civil Comentado y Concordado, Tomo XXI, pág. 47.

¹⁸ Castan Tobeñas, Derecho Español, Común y Foral. Tomo IV, 11a. Edición, pág. 941, 1981.

¹⁹ Puig. Peña, Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, pág. 557, 1966.

patria potestad o cierto poder sobre los menores. El caso es que esa mención de los ascendientes desapareció en el Código Penal de 48 y no ha vuelto a incluirse en ningún otro texto.

Los partidarios de entender que la enumeración del art. 1903 del Código Civil es simplemente "ad exemplum" y no cerrada podrían seguramente emplear en apoyo de su tesis, el hecho de que en el mismo precepto, en su penúltimo párrafo, se menciona la responsabilidad de los maestros por los ilícitos de sus discípulos. Si los maestros responden como los padres, ¿por qué no va a responder también como los padres, los parientes cuando de hecho en el momento del ilícito están con ellos los menores o incapacitados?. La respuesta a este argumento es que la responsabilidad es diferente, la de padres y tutores es mayor que la de los maestros, por lo siguiente:

1. La de padres y tutores es una responsabilidad nacida de una obligación legal. La que por el hecho de tener la patria potestad o la potestad del tutor, obliga a padres y guardadores a educar y vigilar a los menores incapacitados.

Los maestros carecen de esa obligación legal y de la potestad que sobre incapacitados y menores, tienen sus padres o tutores.

2. La responsabilidad de padres y guardadores, tanto en las normas contenidas en el Código Civil, como en el Código Penal es directa. En cambio la de los maestros es subsidiaria. En el vigente Código Penal lo dice expresamente su artículo 22. Además ese mismo criterio es el que han seguido los distintos Códigos Penales Españoles ya derogados (C.p. de 1822 art. 27, C.p. de 1848 art. 18 y C.p. de 1870 art. 21).

El artículo 1903 del Código Civil enumera en su texto, una serie de casos de responsabilidad civil por hecho de otro. No especifica en ninguno de ellos si se trata de una responsabilidad directa o subsidiaria. Lo que pueda hacer surgir la duda de si la de los maestros es de uno u otro tipo. Los distintos Proyectos del Código Civil no aclaran nada al respecto. En cambio, si lo hace García Goyena en su comentario al artículo 1901 del proyecto de 1851, en el que dice que, "debe tenerse presente el artículo 18 del Código Penal de 1848". En el cual se declara subsidiaria la responsabilidad civil de los amos, maestros y personas dedicadas a cualquier género de industria por los delitos o faltas de sus criados, discípulos, oficiales, aprendices o dependientes en el desempeño de su obligación o servicio. Subsidiaria, pues debe ser también la responsabilidad civil en los casos de los párrafos 4 y 5 de este artículo (dichos párrafos hacen referencia a los dueños o directores de artes y oficios) porque no deben ni puede ser más fuerte e intensa la responsabilidad por simple culpa o negligencia que la procedente de falta o delito.

Se entiende que el artículo 1903 no se aplicará por ejemplo, a los abuelos, tíos u otros parientes que de forma temporal y no como tutores, se ocupen de facto del menor. En este sentido, el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de abril de 1969, absolvió al abuelo de un menor que de una pedrada, ocasionó la pérdida de la visión de un ojo de otro menor. El menor en cuestión, hijo natural, convivía con su abuelo, quien de hecho se ocupaba del niño. Sin embargo, a él se le absolvió y se le condenó a la madre; la razón es que a ella le correspondía la patria potestad sobre el menor, aunque de hecho viviera con el abuelo.

Otra sentencia del Tribunal Supremo del 23 de febrero de 1976, aunque no recayó en un caso exactamente como el anterior, nos hace ver la aplicación de la responsabilidad por un ilícito: Se trata de una muchacha que prestó su coche a su novio y éste causó un accidente indemnizable. El Tribunal Supremo falló que la novia respondía por los daños causados por el novio, esto en base al artículo 1903, entendiendo que no todos los casos de responder por otro, están explicitados en dicho artículo y los que recoge son ad exemplum. Esta sentencia la citan y recogen autores como Albaradejo²⁰, De Angel²¹, y también Castán²², pero aún admitiendo la enumeración del artículo 1903 como una lista abierta, incluir la relación existente entre dos novios para que uno responda por los actos del otro, es por lo menos, sorprendente²³. De cualquier modo hay que advertir, como señala Albaradejo, que el propio Tribunal Supremo no se siente seguro de la razón de lo que dice y por eso añade en su último considerando, "que no se debe casar la sentencia del Tribunal de Instancia, en la que se condenaba a la novia, aunque hubiere que estimar que el artículo 1903 del Código Civil había sido indebidamente aplicado al caso controvertido".²⁴

²⁰ Albaradejo, Derecho Civil, Tomo II Vol. 2, pág. 94, 1982.

²¹ De Angel Lecciones Sobre Responsabilidad Civil. págs. 71 y 72. Bibao, 1978.

²² Castán Tobeñas. Derecho Civil Español. Común y Foral, Tomo IV, Ila. Edición, pág. 942, 1981.

²³ Soto Nieto. La Responsabilidad Civil de Ilícito Culposos, págs. 184, 185 y 186. Madrid, 1982.

²⁴ Idem.

Volviendo al caso del abuelo, debo advertir que la demanda no se basaba en el artículo 1903 sino en el 1902, en el cual se establece la responsabilidad por acto propio y que por este caso fue absuelto el abuelo, sin embargo, si el accidente se hubiere ocasionado por negligencia suya, si hubiera estado obligado a indemnizar por los daños causados independientemente de ser un pariente del menor, sino por el hecho puro y simple de haber realizado un acto negligente.

La diferencia de trato entre los sujetos contemplados en el artículo 1903 y los parientes, que en su caso, podrían responder de los daños causados por el menor o incapaz a través del artículo 1902, requiere las siguientes consideraciones:

1. En el artículo 1903 existe previamente una obligación legal (de educación y guarda), mientras que en el artículo 1902 esa obligación no existe, de ahí que en el artículo 1903 se presume la culpa mientras que en el artículo 1902 haya que probarla.
2. La evolución jurisprudencial ha alterado esa diferencia, al invertir la carga de la prueba sobre la existencia de culpa en el artículo 1902. Ahora también, en el artículo 1902 el hipotético responsable tiene que probar que actuó sin culpa si quiere liberarse de la responsabilidad.
3. Lo que ocurre ahora es que, mientras en el artículo 1903 la prueba de que no existió negligencia es prácticamente imposible, (de ahí que la jurisprudencia la ha llamado objetiva), en cambio no ocurre lo mismo en el artículo 1902.
4. Quizá habría que concluir que la prueba en contrario debería ser más fácil en el artículo 1902 que en el artículo 1903, porque la

previa existencia en éste de una obligación legal, debe implicar en el fondo la exigencia de un mayor grado de diligencia.

3. Tutores

Ai tenor del artículo 1903-3 los tutores responden ciertamente de los menores o incapacitados de que se trate. Ahora bien, cuando en lugar de uno haya varios tutores y si éstos no tienen bien delimitado su campo de actuación, (unos se ocupan de los bienes y otros de las personas) y su responsabilidad individual, tendrán que responder todos ellos. En cambio si los tutores tienen bien delimitadas sus funciones, el responsable será aquel al cual le corresponde la guarda del menor.

Para todos aquellos casos en los cuales los tutores no hayan cumplido con las formalidades exigidas para tomar posesión de sus cargos y sin embargo, cumplan con tales funciones o cuando debiendo cesar no lo hacen a tiempo, se les tendrá que aplicar la misma regla que para los tutores, puesto que están ejerciendo de hecho la guarda.

4. Responsabilidad de los que habiendo debido promover la constitución de la tutela, no lo hicieron:

Además de los tutores, también responderán las personas que teniendo la obligación de promover la constitución de la tutela, no lo hayan hecho. El antiguo artículo 293-2o. y el actual 229 ambos del Código Civil, disponen para ese caso que dichas personas "Serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados".

Los ocasionados a un tercero por un hecho ilícito civil o penal, parece que pueden entenderse incluidos en el espíritu de esos artículos,

como ha estimado la reciente sentencia del Tribunal Supremo del 13 de Septiembre de 1984.

En el caso contemplado por esta sentencia, un enfermo mental, cuyo estado de salud conocía su familia (madre y hermanos), a pesar de lo cual no habían promovido la constitución de la pertinente tutela, causa la muerte violenta de una mujer. Con bastante posterioridad al hecho criminal se constituye el organismo tutelar. El tribunal penal declaró la irresponsabilidad criminal del enajenado a tenor del artículo 8-1o. del Código Penal. A continuación, los hermanos de la fallecida reclamaron daños y perjuicios por su muerte a los hermanos y a la madre del autor del hecho delictivo ante la jurisdicción civil. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. En apelación se confirmó la sentencia del Juzgado, y los demandados interpusieron recurso de casación, que el Tribunal Supremo desestimó.

En él los recurrentes alegaban que, dado que en el momento del hecho delictivo no tenía tutor el enfermo mental autor del mismo, era de aplicación la regla 1a. del artículo 20 del Código Penal. "...No habiendo persona que los tenga (a los incapaces de responsabilidad penal de los números 1o. 2o. y 3o. del artículo 8 del Código Penal (entre los que se encuentran los enajenados) bajo su potestad o guarda legal....., responderán con sus bienes las propias personas a las que hace referencia el párrafo anterior....". Por lo tanto -concurrían los recurrentes-, era al enajenado y no a ellos a quien había que pedir la responsabilidad civil.

Frente a semejante tesis, el Tribunal Supremo opone que los recurrentes conocían desde hacía tiempo (antes de la comisión del hecho criminal), el estado mental de su hijo y hermano y al no constituir la tutela incumpliendo lo establecido en la disposición que a ello les obliga, -el

artículo 239-2o. del Código Civil (tanto en el momento de los hechos como en la fecha de la sentencia, aún no se había modificado la parte del Código Civil referente a la tutela), precepto que se relaciona con el artículo 20 del Código Penal, determinando esa infracción la obligación de indemnizar los daños y perjuicios producidos por el enfermo mental dada su irresponsabilidad penal).

En la actualidad, el artículo equivalente al derogado 293 es el 229, y aunque literalmente su texto no es el mismo, eso no impide la interpretación que dió la sentencia que he expuesto; antes bien, la letra del nuevo artículo 229 del Código Civil es más amplia que la del precepto derogado en cuanto a la responsabilidad que establece.

5. Tutela Institucional.

En los artículos 239 y 242 del Código Civil, se recogen las dos posibilidades de lo que podríamos llamar tutela institucional. "Si se tratase de un menor acogido en un establecimiento público, la tutela podrá ser atribuida al director del establecimiento" (artículo 239). Podrán ser también tutores, las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados (artículo 242).

En el caso contemplado en el artículo 242, en el que la condición de tutor se le otorga a la propia persona jurídica, no parece que exista inconveniente alguno a que respondan por el ilícito realizado por el menor o incapacitado, siempre que se den las circunstancias exigidas por el artículo 1903-2o.ó las que pide el artículo 20 del Código Penal: es decir, además del hecho de ser tutor, que esos menores o incapacitados... habiten en su compañía". Lo que puede ser el equivalente al acogimiento

del tutelado en algún centro dependiente de dicha persona jurídica. Acogimiento que, según opina Bercovitz, no es preciso que se dé aunque en la práctica sea lo más frecuente.

Si a pesar de ser el tutor una persona jurídica, no se considera necesario que se dé el acogimiento, parece dudoso que exista responsabilidad civil por parte de esa persona jurídica. O bien se trata de una tutela con ámbito de actuación del tutor muy pequeño, porque el tutelado puede en gran parte gobernarse a sí mismo (por eso no se considera necesario el acogimiento), o bien la institución no es el único tutor y existe otro que se ocupa de la persona del tutelado, en cuyo caso es este último el que será responsable de su conducta a efectos de responsabilidad civil.

Hay que considerar que en cualquier caso, aunque el tutor sea una persona jurídica, como es lógico, el ejercicio de esa tutela estará encomendada a personas físicas (empleados o funcionarios). Estas no tienen la condición de tutores y no responderán ex art. 1903, puesto que esa responsabilidad seguirá correspondiendo a la persona jurídica, independientemente de las acciones que a ésta pueden corresponder frente a sus empleados si la actuación de éstos fuera incorrecta.

Por lo que toca a la responsabilidad establecida en el artículo 239 del Código Civil, aunque la tutela no sea ejercida por persona jurídica, ya que recae sobre persona física, el director del establecimiento, de alguna manera, se trata de persona jurídica, o mejor dicho, de una situación intermedia.

Dicho tutor será responsable en nuestro caso. El artículo 229 del Código Civil, al enumerar quienes están obligados a promover la constitución de la tutela, cita a "Las (Personas) mencionadas en el artículo 239 del

Código Civil" disponiendo que, "si no lo hicieran, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados". Si responden en ese caso, también responderán a tenor del artículo 1903 del Código Civil o del artículo 20 del Código Penal, aunque -como señala Bercovitz- al hablar de la diligencia exigible al director del establecimiento en el desempeño de la tutela, "hay que medirla (la diligencia) dentro de las circunstancias que derivan del establecimiento y de su condición de director".

De esta idea se desprende en general que este tutor, director del establecimiento, podrá exculparse con más facilidad que los padres o tutor normal, precisamente por que su diligencia no puede ser la misma. Pero no hay que olvidar que también responderá la Administración Pública, titular del establecimiento (Artículo 1903 del Código Civil; 106 C.E.; 121 L. Exp. For.; Artículo 133 de su reglamento y Artículo 40 L.R.J.A.E.).

PERSONAS POR CUYOS ILÍCITOS PENALES O CIVILES SE RESPONDE AL TENOR DEL ARTÍCULO 1903 DEL CÓDIGO CIVIL Y DEL ARTÍCULO 20 DEL CÓDIGO PENAL.

a) Emancipados:

Los menores emancipados, de acuerdo con el texto del antiguo artículo 1903, era dudoso si estaban o no incluidos, en el citado artículo ya que éste se refería solo a menores que "vivieran en su compañía", lo que no resultaba demasiado claro.

En la actualidad, los autores que se ocupan de este problema son entre algunos: Lacruz²⁵, Yzquierdo Tolsada, Rogel Vide, De Angel y Santos Briz, y opinan unánimemente que el menor emancipado responderá civilmente de los actos ilícitos que cometa, sea cual sea la forma de emancipación; en mi opinión esta postura es la más acertada, ya que el menor emancipado ya ha salido de la patria potestad y sería un contrasentido que no respondiera civilmente por sus actos ilícitos.

El Código Civil Italiano de 1942 en su artículo 204B (equivalente al artículo 1909 del Código Civil Español), especifica que los padres responden del daño ocasionado por los hechos ilícitos de sus hijos menores no emancipados.

b) El menor de edad de vida Independiente:

El artículo 319 nos dice: "Se reputará para todos los efectos como emancipado, al hijo mayor de 16 años que con el consentimiento de los padres viviera independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento".

La diferencia con el emancipado básicamente radica en la posibilidad de revocar el consentimiento dado por el padre. Sin embargo, ese carácter de casi emancipado es suficiente para poder opinar, que el menor debería de responder por sus actos ilícitos, ya que si la edad precisa para poder realizar esa vida independiente es la de 16 años y con esa misma edad ya se considera al menor aún no emancipado, responsable de actos penales y responsable también por sí de la responsabilidad civil que derive de estos

²⁵ Le Gall. Liability For Persons Under Supervisión en International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. XI Fasc. 3 págs. 7 y 8. Cita este autor como dos únicas excepciones de responsabilidad objetiva los Derechos de Luisiana y Madagascar.

(arts. 8, 19 y 20 del Código Penal), parece lógico que el menor de vida independiente responda por el ilícito civil.

Por otra parte, el menor de vida independiente tendría con que responder, puesto que se supone una autonomía económica también.

Lo que no está muy claro es si será aplicable por analogía la disposición del art. 319 a los mayores de 16 años sometidos a tutela y a los cuales el tutor les permita llevar una vida independiente, a favor encontramos a Díez Picazo, Guillón, Bercovitz y en contra de la aplicación analógica a Lacruz.

c) Incapacitados:

En el tercer párrafo del artículo 1903 del Código Civil, cuando se señala quienes tienen que ser los causantes de los perjuicios, para que por ello respondan los tutores dice: 'lo son (responsables los tutores) de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía'.

Para saber quienes son los incapacitados, el artículo 200 del Código Civil nos enumera las causas de incapacitación y son: 'las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma'.

Puedo concluir entonces que los tutores responderán en general por los incapacitados sujetos a tutela.

La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia española

- i. **Antes de iniciarse el verdadero proceso de transformación jurisprudencial de la responsabilidad extracontractual, ya se evidencia que el Tribunal Supremo no ve con malos ojos la responsabilidad objetiva.**

En varias ocasiones ha expresado su simpatía por la responsabilidad sin culpa. Por ejemplo, tenemos la sentencia del 31 de octubre de 1931, y en la cual se afirmó que, "los antes señalados preceptos legales sobre responsabilidad civil extracontractual, excluyen por el momento la posibilidad de que este tribunal pueda rectamente interpretarlos de otra suerte, con ánimo de que en ellos tuvieran cabida con todas sus consecuencias jurídicas, las modernas teorías sobre responsabilidad civil sin culpa de quien crea o asume un riesgo...".

Predisposición favorable, sin embargo, en Tribunal Supremo tardará más de 20 años, desde la fecha de la citada sentencia en retomar formalmente el argumento de la responsabilidad objetiva, años por otra parte que transcurren en el más absoluto mutismo legislativo.

La dificultad interpretativa es la que explica la inmutabilidad de la jurisprudencia en estos años, pero también dá lugar a esto es más importante, a que en adelante el Tribunal Supremo elude enfrentarse directamente con el artículo 1902.

Pasado el tiempo y en sentencias posteriores, el Tribunal Supremo llega a manifestar que no solo no guarda ninguna prevención o reserva hacia la responsabilidad objetiva, sino que incluso, la considera un desideratum. "No es cierto que la teoría de la responsabilidad objetiva haya

quedado trasnochada y haya sido abandonada por los juristas -dice la sentencia del 14 de mayo de 1963-, sino que al contrario, es una aspiración en la evolución del derecho moderno que el hombre responda de todo daño, incluso del no culpable, que sobrevenga a consecuencia de su actuar o de las cosas que le pertenecen o están bajo su guarda, aunque haya procedido con la necesaria previsión y prudencia, hallándose en plena elaboración la delimitación de esos casos que ya se van abriendo paso en algunos Códigos progresivos, teoría de la responsabilidad sin culpa, del daño objetivo, del riesgo jurídico o de la causalidad. (Este argumento se repite en la sentencia del 14 de marzo de 1968-*rf* 1737). Con el paso del tiempo el Tribunal Supremo ha ido abandonando las formulaciones rotundas sobre la conveniencia de un ámbito de responsabilidad sin culpa, para dar paso a una evolución objetivista de la responsabilidad, es decir, ya no justifican la existencia de un ámbito de responsabilidad sin culpa, sino que ahora se interpreta la culpa.

II. La Responsabilidad de los Padres Naturales de esta responsabilidad.

El derecho positivo oscila entre presumir *juris tantum* o no presumir la culpa de los padres, sin llegar nunca a establecer una responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva. Tampoco en la jurisprudencia objetivadora, sino solo una predilección a declarar la responsabilidad de los padres por los daños causados por niños de muy corta edad, resultado que es adecuado a una concepción culpabilista ya que el ámbito de autonomía que deben

tener estos menores es, si no nulo, sí considerablemente inferior al de otros con mayor madurez²⁶

La doctrina por su parte, se inclina mayoritariamente por considerar esta responsabilidad basada en la culpa de los padres²⁷

El artículo 1903, siguiendo el ejemplo de las legislaciones latinas, establece una presunción de culpa de los padres por los daños causados por sus hijos, "Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda". "La responsabilidad de que trata este artículo, cesará cuando las personas en él mencionadas, prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño". (párrafo final)²⁸.

Una parte de la doctrina española mantiene una postura considerablemente objetivista, entre ellos León, Rogel, Borrell, Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil, 2a. edición Barcelona 1958 pág. 36; García Vicente, La Responsabilidad civil de los padres por actos del hijo menor, causas de exoneración, Anuario de Derecho Civil 1984 pág. 1035-1036; Pantaleón en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil no.6

²⁶ Ibidem. págs. 20 y 21

²⁷ Para Italia. Un *Status Quaestionis* en Scionti: Sulla Responsabilità dei Genitori ex, Artículo 2048 Código Civil en il *Diritto di Famiglia e Delle Personae*, págs. 1405 y ss. 1978.

²⁸ León, Rogel, Borrell. Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual Civil, 2a. Edición, Barcelona 1958, pág. 36. García Vicente, La Responsabilidad Civil de los Padres por Actos del Hijo Menor, Causas de Exoneración, Anuario de Derecho Civil, 1984, págs. 1035 y 1036, Pantaleón en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil No. 6, 1990, Santos Briz y De Angel.

pág. 1990, Santos Briz y De Angel. El Tribunal Supremo se ha sumado a esta tendencia.

III. El proceso de Objetivación.

Se distingue dentro de la jurisprudencia española dos momentos: en el primero se endurece de forma no declarada, la apreciación de la excusa exoneratoria propuesta por los padres. Y en segundo se expresa la exigencia de una "rigurosa prueba de la diligencia".

Como consecuencia de lo anterior, podemos concluir lo siguiente:

1. Responderán por los ilícitos realizados por sus hijos ambos padres, ya sean por naturaleza o adoptivos y estén o no unidos en matrimonio.
2. Tratándose de padres separados o divorciados, la doctrina se encuentra dividida en dos aspectos:
 - a) Si se adopta el criterio de la culpa "in educando", el responsable sería el cónyuge que tiene bajo su guarda al menor, salvo que el otro consorte hubiera participado en la labor educativa, en cuyo caso respondería también.
 - b) En cambio, si se adopta el criterio de la culpa "in vigilando", (que es el más citado en la jurisprudencia), la responsabilidad sería del cónyuge con el que se halla de hecho el menor en ese momento.
3. En lo que respecta a los tutores, éstos tendrán que responder de los ilícitos de sus tutelados que habiten en su compañía y que tengan a su cargo la guarda.

4. Serán también responsables las personas que teniendo obligación de promover la tutela, no lo hayan hecho.

Una vez analizada esta legislación española, daré a conocer como está regulado este tema en la legislación Argentina.

Legislación Argentina

El artículo 273 de su Código Civil nos dice: "Los padres responderán por los daños que causen sus hijos menores de diez años, que habiten con ellos".

Esto ha dado lugar a dificultades interpretativas, ya que el art. 1114 del citado ordenamiento, establece lo siguiente: "el padre y por su muerte, ausencia o incapacidad, la madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos, sean hijos legítimos o naturales".

Sin embargo, esas dificultades han quedado ya superadas mediante la consideración de los diferentes fundamentos de una y otra norma. En efecto, la responsabilidad paterna por los hechos ilícitos del menor de diez años, se basa en la circunstancia de que tales hechos se reputan practicados sin dolo (Art. 921 del Código Civil), por consiguiente, es único responsable de ellos el padre, su responsabilidad es directa y aunque el menor tenga bienes, ni el acreedor puede cobrarse sobre ellos ni el padre puede repetir del hijo lo pagado (Art. 1076 Código Civil).

Sin embargo, cuando el menor es mayor de diez años, el acreedor puede cobrarse indistintamente sobre los bienes del padre o del hijo y en caso de pagar el primero, tiene la acción recursoria o de repetición contra el hijo (Art. 1123 del Código Civil).

El mismo ordenamiento establece que la responsabilidad paterna cesa cuando el hijo ha sido colocado en un establecimiento, bajo vigilancia y autoridad permanente de otra persona.

Legislación Mexicana:

En todo el transcurso de esta tesis, he dado a conocer como está y estuvo regulada la patria potestad y la tutela, sin embargo el tema central es la responsabilidad de los actos ilícitos de los menores y es por esto que me he visto en la necesidad de recurrir, en la mayor parte de este tema, a legislaciones extranjeras, el motivo es que en nuestra legislación se encuentra escasamente regulada la responsabilidad de padres, tutores o de otros parientes por los actos ilícitos de sus menores.

El Código Civil, nos dá los lineamientos para poder determinar qué es la Patria Potestad, cómo debe llevarse a cabo y la forma de suspenderse o acabarse. Lo mismo ocurre en la tutela, pero muy brevemente nos dá a conocer cuál sería la responsabilidad de los menores por algún acto ilícito. Por otra parte, nuestra doctrina, aclara muy poco al respecto.

LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE OTRO EN LA LEGISLACION MEXICANA

Hechos y Actos Jurídicos:

NoCIÓN de los hechos jurídicos en general:

Hay hechos que no producen efectos de derecho, otros si los producen y el derecho los toma en consideración para atribuirles consecuencias jurídicas²⁹. Los efectos de derecho pueden consistir en la creación, transmisión modificación y extinción de obligaciones o derechos. A los hechos que producen estos efectos, se les llama Hechos Jurídicos en sentido general.

Actos Jurídicos

Los hechos jurídicos se dividen en:

Hechos Jurídicos

(en sentido especial)

Se entiende por Acto Jurídico "A la manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o de varias personas, un estado, es decir una situación jurídica general y permanente o al contrario, un efecto de derecho limitado que conduce a la formación, a la modificación o a la extinción de una relación de derecho"³⁰

Actos unilaterales y bilaterales:

²⁹ Bonnacase. Suppl. Tomo, II No. 252.

³⁰ Ibidem. No. 251

Los actos jurídicos pueden ser unilaterales o bilaterales, los primeros solamente exigen una voluntad y los segundos el concurso de dos voluntades.

Los hechos jurídicos por su parte pueden ser voluntarios e involuntarios:

Los voluntarios son aquellos producidos por la actividad del hombre en los cuales se producen consecuencias de derecho independientemente de la intención del autor.

Estos a su vez se dividen en Lícitos e ilícitos³¹

- **Lícitos:** Ejem. La gestión de negocios.
- **Ilícitos:** el delito y cuasidelito.

El que comete un delito intencional tiene la intención de causar un daño, pero no de resarcirlo y sin embargo, por el hecho de cometer el delito nace a su cargo una obligación de indemnización (art. 29 Código Penal). El que comete un delito de imprudencia, es decir, un cuasi delito (art. 8 fracc. 11 del Código Penal) hace que nazca en su contra una obligación de indemnizar el daño que cause (art. 29 del Código Penal) y este resultado es extraño a su voluntad.

Noción de hecho ilícito: El hecho ilícito es el contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (art. 1830 del código de 1928, art. 1280 del código de 1884 Ferrara, teoría del *Negozio Illecito* nel *Diritto Civile Italiano*, págs., 17, 3, 48 y 18) el autor tiene voluntad de producir el

³¹ *Ibidem*, No. 367

hecho, pero independientemente de su voluntad nace a su cargo la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que cause.

Antecedentes Históricos En El Derecho Mexicano. Código Civil de 1870:

Los artículos 1579 y 1580, nos hablan de la reparación del daño y nos da la definición de daño y la de perjuicio y al hablar de reparación nos dice: "La responsabilidad Civil, aparte de la devolución de la cosa, o su precio en su defecto, importa la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios.

El artículo 1525, se limita a señalar como excluyentes de la responsabilidad civil, al caso fortuito y a la fuerza mayor, sin definirlos.

Los artículos 1583 y 1587 del código citado, establecen la cuantía de la reparación atendiendo a diversas hipótesis.

El artículo 1589 establece "La responsabilidad civil sólo puede exigirse por el que tiene el derecho de pedir el cumplimiento de la obligación y por aquel a cuyo favor le establece expresamente la Ley".

El resto del articulado se limita a detallar, siguiendo un procedimiento casuístico, los diversos supuestos en que se pueden incurrir en responsabilidad, remitiéndonos en el caso de los daños causados por los animales, así como en el de la responsabilidad proveniente de hechos ajenos, al Código Penal, por lo que pasará a estudiar dicho ordenamiento.

Código Penal de 1871:

Artículo 301 del código penal de 1871 dice: "La responsabilidad civil proveniente de un hecho u omisión contrarios a una ley penal, consiste en la obligación que el responsable tiene de hacer:

- I. La restitución
- II. La reparación
- III. La indemnización
- IV. El pago de gastos judiciales

Encontramos en la transcripción del artículo anterior las palabras, hechos u omisión, constituyendo el primero de los elementos de la responsabilidad civil. El segundo elemento está constituido por la violación a una ley penal.

El artículo 304 nos habla de la reparación es decir, el pago de todos los daños causados al ofendido, a su familia o a un tercero, con violación de un derecho formal, existente y no simplemente posible, si aquellos son actuales y provienen directa e inmediatamente del hecho u omisión de que se trata, o hay certidumbre de que ésta o aquellos han de causar necesariamente, como una consecuencia próxima e inevitable.

La reparación requiere que se trate de un daño existente y no simplemente posible, precisando que deben ser actuales y provenientes directamente del hecho u omisión de que se trate.

El artículo 306, se limita a establecer que el concepto de actualidad, refiriéndose a los daños y perjuicios, no implica que se exija, mediante una nueva demanda, la indemnización de los daños posteriores cuando están ya causados, siempre y cuando provengan del mismo hecho u omisión.

El artículo 308 nos dice que la responsabilidad civil no podía declararse sino a instancia de parte legítima.

El artículo 326 nos dice "A nadie se puede declarar civilmente responsable de un hecho u omisión contrarios a una ley penal, si no se prueba: que se usurpó una cosa ajena; que sin derecho causó por sí mismo o por medio de otro, daños o perjuicios al demandante, o que pudiendo impedirlos el responsable, se causaron por persona que estaba bajo su autoridad".

Resumiendo, tenemos por una parte, el hecho u omisión contrarios a una ley penal, como primer elemento de la responsabilidad civil, y como segundo, al hecho culposo.

El artículo 34 del mencionado código, enumera las circunstancias excluyentes de responsabilidad criminal por infracción de las leyes penales y encontramos entre ellas:

"Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas" (fracc. 12a.), "Obrar en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho" (fracc. 14a.), "Infringir una ley penal, dejando de hacer lo que ella mande, por un impedimento legítimo e insuperable" (fracc. 16a.), en todos estos casos no hay hecho ilícito y por tanto no hay responsabilidad civil.

En cuanto a las personas responsables:

- Hecho de otro: Hay veces en que una persona ejecuta un acto ilícito y la responsabilidad civil, aunque no la criminal

nace a cargo de otra persona, tales como son los casos enumerados en los artículos 329 y 331 del Código Penal.

Ejemplo: la responsabilidad de los padres por sus hijos que se hallaron bajo su patria potestad y en su compañía y a su inmediato cuidado (art. 329, fracc. 1).

No me detendré a analizar el Código Civil de 1884 por no aportar ninguna novedad al tema estudiado.

El Hecho Ilícito y la obligación de su Autor. Código Civil de 1928:

El precepto fundamental de nuestro Código Civil vigente es el primer artículo del capítulo "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos", concebido en estos términos: "Art. 1910, el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, o a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

Elementos de la Responsabilidad Civil:

La doctrina francesa señala como elementos indispensables para que pueda ser exigible la responsabilidad civil proveniente de un hecho ilícito, que éste exista, cause un daño, que entre el hecho ilícito y el daño se observe una relación de causa y efecto, y que no ocurra ninguna circunstancia excluyente de responsabilidad. Todos estos elementos son aceptados por nuestra legislación.

I. **Hecho ilícito: (ver pág. 171)**

- II. **Daño.** Para la existencia de la responsabilidad civil proveniente de un hecho ilícito, no basta con que una norma sea violada sino que es indispensable, este elemento; que se cause un daño, pues precisamente el objeto de la acción reparadora es que el perjudicado sea compensado económicamente o en alguna otra forma. La noción de daño comprende en nuestro derecho toda lesión patrimonial o moral y además debe ser un daño cierto y susceptible de prueba por quien lo alegue.

Se entiende por daño; la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación (Art. 2108 C.Civil).

Se reporta perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación. (Art. 2109 C.Civil).

- III. **Relación Causal.** El daño que se produce, debe de ser consecuencia directa y necesaria del propio hecho, o cuando menos consecuencia indirecta de él, pero siempre necesaria. Si esta relación de causalidad no existe tampoco tiene obligación el autor del hecho de reparar el daño, pues entonces se trataría simplemente de un hecho natural producido por caso fortuito o fuerza mayor y estas circunstancias excluyen la responsabilidad de daños y perjuicios, ya que en estos casos no interviene para nada la voluntad del autor, en el

sentido de estar encaminada a producir un daño en forma intencional, o por no actuar con las precauciones debidas.

El Art. 2110 del Código Civil establece: "Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se haya causado o que necesariamente deben causarse".

IV. No concurrencia de una excluyente de responsabilidad, caso fortuito o fuerza mayor:

Nadie puede quedar obligado cuando un daño se causa por una circunstancia imprevista o por una fuerza irresistible ya que el elemento de culpabilidad desaparece totalmente aún cuando se estuviere cometiendo un hecho ilícito.

Colín et Capitán hacen notar que en el caso fortuito existe una imposibilidad relativa de cumplir por parte del deudor, y en la fuerza mayor, una imposibilidad absoluta, de manera que en el primero es de menor grado el incumplimiento, llamándole a la fuerza mayor algunas veces, fuerza insuperable.

Ninguna persona se encuentra obligada a responder de los daños producidos por caso fortuito o fuerza mayor, esta responsabilidad solo puede encontrarse cuando se dé algunas de estas tres circunstancias: cuando se haya dado causa a él, cuando se acepte expresamente esta responsabilidad y cuando la ley así lo determine. (Art. 2111 C.Civil).

V. Imprudencia inexcusable de la víctima: El artículo 1910 del Código Civil, además de ordenar en forma general la reparación del daño que se cause cometiendo un hecho ilícito, excluye de respon-

sabilidad cuando éste se produce por una imprudencia inexcusable de la propia víctima: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro está obligado a repararlo a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

Esta exclusión de responsabilidad se da aún en el caso de que el autor del daño lo hubiera producido, cometiendo un hecho ilícito. Desde un punto de vista teórico queda la posibilidad de que el daño se produce habiendo culpa tanto de la víctima como del victimario y entonces será necesario graduar la responsabilidad de cada uno.

VI. Ejercicio de un derecho: Interpretando a contrario sensu, en el artículo 1912 se encuentra la última excluyente de responsabilidad al decirnos "Cuando al ejercitar un derecho, se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho solo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

Los romanos consideraron que la persona que causa un daño ejercitando un derecho, no está obligada a repararlo, porque el que usa su derecho a nadie perjudica, siempre y cuando ese uso sea conforme a la equidad y a la razón.

La misma idea domina en el Derecho Moderno y se acepta por nuestra legislación civil.

a) El Responsable Incapaz:

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

corresponde al 32 fracción I del Código Penal que dice: "Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29, los ascendientes por los delitos de los descendientes que se hallaren bajo su patria potestad; los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad.

En los casos de los artículos anteriores, debemos buscar el fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno; a primera vista parece injusto, que ciertas personas respondan de los daños ocasionados por otras, más cuando hemos establecido el principio de la imputabilidad, es decir, las culpas siendo personales, cada cual debe responder de los actos que cometa y son los únicos que pueden ser imputados. La excepción a este principio habrá que buscarla en la razón de que, determinadas personas están llamadas a dirigir los actos de otras y si éstas causan daño, el legislador supone que el hecho perjudicial ha sucedido por falta de cuidado, por culpa del que tiene bajo su vigilancia y cuidado a un menor o a un incapacitado, por lo cual la responsabilidad del hecho ajeno resulta de una culpa por descuido en la custodia, ya que el artículo 1922 agrega: "Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados". Como se ve existe una presunción de culpabilidad JURIS TANTUM, contra las personas que tienen bajo su cuidado y vigilancia a otras, pudiendo destruirse dicha presunción con la prueba a que se refiere el artículo 1922.

Respondemos por hecho ajeno, cuando se puede imputar una falta nuestra por la cual ha sucedido el perjuicio, aunque éste sea ocasionado directamente por el hecho de otro al que debíamos haber vigilado, es decir, el demandante tendrá que probar que el hecho fue cometido por una persona de la que responde el demandado; y éste para destruir la presunción que existe en su contra, tendrá que probar que le fue imposible evitar el daño.

El artículo 1921 ordena, que lo dispuesto anteriormente es aplicable también a los tutores. Entonces tenemos en principio que el incapaz que cause daño, debe repararlo salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas. En primer lugar los padres, respecto de sus hijos menores que vivan con ellos, y en este caso, como hemos dicho, la responsabilidad se funda en una presunción de culpa de los padres, por no haber llenado el deber de educación y de vigilancia que le impone el deber paterno.

Otro requisito que señala nuestra ley para que exista la responsabilidad de hecho ajeno, es la minoría de edad, o la incapacidad por lo que desaparece cuando ha cesado el poder paterno o tutelar. Relacionado con este problema existe el de los hijos emancipados, el artículo 1919 simplemente habla de los daños y perjuicios causados por los menores, pero suponiendo que dichos menores han sido emancipados por haber contraído matrimonio; la opinión general se inclina en el sentido de que la emancipación pone fin al poder paterno en ambos casos; sin embargo, por lo que respecta al del menor emancipado por su padre en las legislaciones que aún conservan esta figura, algunos autores afirman que dicho padre será responsable, siendo ésta la opinión de Toulier y Laurent, éste último

sostiene que existe una objeción seria y es la siguiente: La ley nos habla de menores sin hacer distinción entre emancipados y no emancipados, luego donde la ley no distingue no debemos distinguir; pero Laurent afirma, que "el intérprete debe distinguir cuando la distinción resulta del mismo principio que se trata de aplicar.

El padre se presume con culpa Por qué ?, Porque está legalmente obligado a vigilar al hijo menor; luego no puede ser ya responsable cuando no tiene el deber legal de vigilancia.

El artículo 1919 se refiere al requisito de que los menores deben estar bajo el poder de sus padres y que habiten con ellos; naturalmente, si el hijo abandona la casa sin permiso, será una circunstancia que agrava la responsabilidad del padre que no lo conservó bajo su cuidado.

La responsabilidad del padre o del tutor cesa, bien porque el hijo llega a la mayor edad o porque ha sido emancipado o bien, al pasar en su menor edad al cuidado de otra persona que debe vigilarlo, como los directores de colegios, de talleres, etc. etc., que menciona el artículo 1920, en estos casos, como se comprende los menores están colocados bajo la autoridad y vigilancia de otra persona, quien será la responsable. La ley además, considera otro caso en el que cesa la responsabilidad de los padres o tutores, o sea cuando estos prueben que les ha sido imposible evitar el daño, circunstancia que queda a la libre apreciación del juez, de acuerdo con las pruebas rendidas, ya que el artículo 1922 agrega:

Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.

b) Reparación del Daño:

El texto original del artículo 1915 establecía: "La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él y cuando esto no sea posible, en el pago de daños y perjuicios".

Este artículo está inspirado en la doctrina de Rossel que dice: "Las indemnizaciones de daños y perjuicios, no consistirán necesariamente en dinero; podrán efectuar las formas más diversas, pudiendo el autor del acto ser condenado a reestablecer los bienes al estado anterior... o a suprimir obras, bajo reservas de las indemnizaciones de daños y perjuicios complementarios; o aún y siempre bajo la misma reserva, la parte lesionada podrá ser autorizada a ejecutar los trabajos de restablecimiento o de supresión a expensas del deudor; o en fin, éste podrá no ser condenado sino a pagar una indemnización -en capital, pensión o renta- que representen el perjuicio causado... En cuanto al daño, comprenderá la pérdida y la falta de ganancia ocasionadas por el acto ilícito, el *damnum emergens* y el *lucrum cessans*...³².

El texto completado fue modificado por decreto del 16 de diciembre de 1975, dejando a elección del ofendido el optar por el restablecimiento de la situación anterior, cuando esto sea posible, o por el pago de daños y perjuicios, a diferencia del texto anterior que sólo señalaba el pago de daños y perjuicios en el supuesto de que el restablecimiento de la situación anterior fuera imposible.³³

³² Rossel. tomo I, No. 112, Manual Jorge Soriano. Teoría General de las obligaciones, pág. 259.

³³ Diario Oficial. 22/XII/1975

Reglas para fijar el monto de la indemnización:

El decreto de 30 de diciembre de 1939 I, adicionó el artículo 1915 fijando las reglas para establecer el monto de la indemnización y el decreto del 16 de diciembre de 1975 II, las modificó, quedando en los términos siguientes: "Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal, o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la última. Los créditos por indemnización cuando la víctima fuera un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes.

Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este Código.³⁴

La reforma de 1975 amplió considerablemente el monto de la indemnización lo cual puede apreciarse si se toma en cuenta que el texto anterior señalaba que cuando la utilidad o salario de la víctima excediera de veinticinco pesos diarios no se tomaría en cuenta sino esa suma para fijar la indemnización. Por otra parte, el nuevo texto invierte la regla del

³⁴ Ibidem 20/I/1940 y 22/XII/1975.

texto derogado que establecía que la indemnización se pagaría preferentemente en forma de pensión o pagos sucesivos.³⁸

³⁸ Manuel Borja Soriano. Teoría General de Las Obligaciones, pág. 360.

LOS DERECHOS DE LOS MENORES EN LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES

El menor de edad ha sido considerado a lo largo de milenios sin una personalidad propia, diferenciada, sin valor autónomo y, por tanto careció de un derecho que regulara su circunstancia personalísima.

Fue hasta la declaración de los derechos del niño del 24 de septiembre de 1924, que el menor vería reconocidos sus derechos fundamentales.

La nueva consideración del menor y la de su posición jurídica y social fue el fruto de una larga maduración histórica del pensamiento, del comportamiento y de una común generalizada toma de conciencia que cristalizaría, a nivel universal, por la ratificación unánime del texto de la declaración por todos los estados que forman parte de la sociedad de las naciones.

En un sentido amplio, la primera declaración de los derechos del niño, conocida como la declaración de Ginebra, contiene todos los principios fundamentales relativos a la protección de la infancia, al establecer, en su redacción definitiva:

"por la presente declaración de los derechos del niño, los hombres y las mujeres de todos los países reconocen que la humanidad debe dar al niño lo que ella tiene de mejor, afirman sus deberes al margen de toda consideración de raza, nacionalidad y creencia (el comienzo de la segunda guerra mundial, en 1939, privaría de todo valor al texto de esta declaración, hasta que en 1946, un año después de la constitución de las naciones unidas, se formuló una recomendación al consejo económico y social de la organización en el sentido de que diera nueva vigencia a la declaración de ginebra para que uniera a los pueblos del mundo con tanta firmeza como en 1924, y aun citando en 1948, la asamblea general de las naciones unidas aprobó la adopción implícita, incluía las libertades y derechos de los niños, las necesidades de estos justificarían cumplidamente la adopción de un documento adicional independiente)

- I. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente.
- II. El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser asistido, el retrasado debe ser estimulado, el extraviado debe ser conducido, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos.
- III. El niño debe ser primero en recibir socorros en época de calamidad.
- IV. El niño debe ser dotado de medios con que ganarse la vida y deber ser protegido contra toda explotación.
- V. El niño debe ser educado en el sentimiento de que sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio de sus hermanos.

El 20 de noviembre de 1959 se dio a conocer la nueva declaración de los derechos del niño, la cual contiene en una manera sistematizada lo siguiente:

- a) **Derecho de igualdad.**- En cualquier situación geográfica o histórica y en el sentido de que estos derechos deben ser reconocidos a todos los niños sin discriminación en razón de raza, color, sexo, opiniones políticas, origen nacional o social, condición económica, al nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.
- b) Derecho a la vida
- c) Derecho a la educación y a la instrucción
- d) Derecho a la libertad
- e) Derecho a la prioridad
- f) Derecho a la salud física, intelectual, espiritual y moral.
- g) Derecho a la comprensión y al afecto.
- h) Derecho a una vida futura, profesional y social, conforme a sus exigencias y aptitudes.
- i) Derecho a la formación cívica.
- j) Derecho a beneficiarse de las técnicas informativas y publicitarias.
- k) Derecho al juego y al trabajo.

Los documentos internacionales de carácter regional en el campo de la protección del menor.

La primera codificación de los derechos fundamentales del hombre, con los caracteres y la obligatoriedad de un convenio internacional, tuvo lugar en el ámbito del consejo de Europa, en la convención para la

salvaguarda de los derechos del hombre y sus libertades fundamentales, estipulada en forma el 4 de noviembre de 1950, por los miembros de dicho consejo, y en el protocolo adjunto firmado en París por los mismos miembros el 20 de marzo de 1952. Así en el campo de la educación, en el art. 2do. Del protocolo adjunto reconoce el derecho de todos los menores el derecho de la educación e impone a los estados miembros la obligación de respetar el derecho de la educación e impone a los estados miembros la obligación de respetar el derecho de los padres a escoger el centro educativo y las orientaciones de la enseñanza de conformidad a sus convicciones religiosas y filosóficas.

En la conferencia de la Casa Blanca celebrada el año de 1930, en Washington, se aprueba la declaración de los derechos del niño que, por su contenido, constituye un cuerpo legal completo de derechos, en el que se contempla todos los deberes sociales de la familia, de la comunidad y del estado para la defensa de la salud, de la educación y del bienestar del niño.

La declaración de oportunidades para el niño, en el VIII congreso celebrado en el mes de mayo de 1942 en Washington, por la que se regular la vida de familia, la salud, la educación, la responsabilidad y el trabajo, las horas libres, la formación ciudadana y las oportunidades para todo niño.

La declaración sobre la salud el niño, aprobada por el IX congreso, en su reunión de Caracas el año de 1948, en la que se precisa el alcance del derecho a la salud del niño, que se desgrana en tres obligaciones esenciales: asistencia, alimentación y defensa de la salud que, a su vez, constituyen la plataforma del bienestar del niño.

La declaración sobre la protección del menor abandonado en América adoptada en el seno del XI congreso celebrado en Bogotá en el mes de noviembre de 1959.

La declaración sobre protección del menor de conducta antisocial en América, aprobada por el XII congreso reunido en mar de plata en el año de 1963.

Por último la convención americana sobre derechos humanos firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, reconoce la personalidad del individuo, el derecho a la vida, la integridad personal y prohibición de la esclavitud y la servidumbre, el derecho a la libertad y a la seguridad personal.

Tanto la convención de Costa Rica como las resoluciones por las que se aprobaron las declaraciones anteriormente citadas en los respectivos congresos panamericanos del niño, son de obligada observancia por parte de todos los estados del continente, aun cuando no tiene la formalidad de una convención, pero las recomendaciones aprobadas por las delegaciones oficiales de los estados miembros, obligan a los países del continente en el sentido de incorporar a sus legislación interna el contenido de dichas declaraciones, siempre y cuando no se opongan a sus disposiciones constitucionales.

LA POLITICA DE LA JUVENTUD EN LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES

La evolución del mundo obligo a los estados a adoptar una postura, antes desconocida o ignorada, respecto a la colectividad juvenil, como una nueva realidad social y política.

Sin bien la necesidad de protección al menor había sido atendida en las declaraciones de derechos del niño, lo cierto es que la juventud no había sido objeto de atención alguna por parte de la sociedad internacional, hasta que la asamblea general de la Organización de las Naciones Unidas, el 7 de diciembre del 1965, aprobara la resolución que contiene el manifiesto para la juventud, la cual contiene lo siguiente:

1. La juventud debe ser educada en el espíritu de la paz, la justicia, la libertad, el respeto y la comprensión mutuos, a fin de fomentar la igualdad de derechos de todos los seres humanos y de todas las naciones, el progreso social, el desarme y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.
2. Todos los medios de educación, incluida como elemento de suma importancia la orientación dada por los padres o la familia, de enseñanza y de información destinados a la juventud, deben fomentar entre los jóvenes los ideales de paz, de humanismo, libertad y solidaridad Internacional, y todos los demás ideales que contribuyen al acercamiento de los pueblos, y deben inculcarles la misión confiada a las naciones unidas como medio de preservar y mantener la paz y fomentar la comprensión y la cooperación internacionales.

3. Los jóvenes deben de ser educados en el espíritu de la dignidad y la igualdad de los hombres, sin distinción alguna por motivos de raza, color, origen étnico o creencias y en el respeto de los derechos humanos fundamentales y del derecho de los pueblos a libre determinación.
4. Los intercambios, el viaje, el turismo, las reuniones, el estudio de los idiomas extranjeros, el hermanamiento de ciudades y universidades sin discriminación y otras actividades análogas, deben estimularse y facilitarse entre los jóvenes de todos los países con objeto de acercarlos en las actividades educativas, culturales y deportivas, conforme al espíritu de la presente declaración.
5. Las asociaciones juveniles en los planes nacional e internacional, deben ser estimuladas a fomentar los propósitos de las naciones unidas, en propiciar la paz y la seguridad internacionales, las relaciones amistosas entre las naciones basadas en el respeto de la igualdad de la soberanía de los estados y la abolición definitiva del colonialismo y de las discriminación racial y de otras violaciones de los derechos humanos.

De conformidad con la presente declaración, las organizaciones juveniles deben tomar las medidas necesarias, dentro de sus respectivas esferas de actividad, para aportar su contribución, sin discriminación alguna, a la obra de educar a las generaciones jóvenes en consonancia con estos ideales.

Tales organizaciones deben, de acuerdo con el principio de libertad de asociación, fomentar el libre intercambio de ideas dentro del espíritu de

los principios de la presente declaración y de los propósitos de las Naciones Unidas, tal como se enuncian en la carta.

6. La educación de los jóvenes debe tener como una de sus metas principales el desarrollo de todas sus facultades, la formación de personas dotadas de altas cualidades morales, profundamente apegadas a los nobles ideales de paz, libertad, dignidad e igualdad para todos y penetradas de respecto para el hombre y su obra creadora. A este respecto corresponde a la familia un papel importante.

Los jóvenes deben adquirir conciencia de las responsabilidades que habrán de asumir en un mundo al que están llamados a dirigir y estar animados de confianza en el porvenir venturoso de la humanidad.

LA INSTITUCIONALIZACION DEL DIA UNIVERSAL DEL NIÑO

Tiene sus orígenes en el acuerdo adoptado por la Unión Internacional de Protección a la Infancia, en Zurich, con ocasión de reunirse en esa ciudad suiza el consejo general de dicha unión el 5 de julio de 1952, fijándose para esta celebración el día 5 de octubre del siguiente año, en que por primera vez y en mas de cuarenta países tendría lugar este acto.

Al discutirse en el seno de la sesión plenaria, celebrada el 6 de octubre de 1954, de la Asamblea general de la Organización de las Naciones Unidas, la ampliación de las actividades que debía asumir el Fondo de las Naciones Unidas, para la Infancia (UNICEF), el representante de la India propuso que se reservase un día como jornada mundial de la infancia en el cual además, pudieran hacerse colectas para este fin, y se pudiera hacer conocer a los niños todos los problemas de la infancia.

De dicha sesión se desprenden las siguientes recomendaciones:

1. Recomienda que a partir de 1956, todos los países, instituyan una jornada mundial de la infancia que será dedicada a la fraternidad y a la comprensión entre los niños a través del mundo y señalada por actividades que fortalezcan la realización de los ideales y de los fines de carta, así como el bienestar de los niños del mundo entero y también para apoyar y desarrollar los esfuerzos que realizan las Naciones Unidas en favor de todos los niños del mundo.
2. Sugiere a los gobiernos de todos los estados que dediquen una jornada mundial de la infancia en la fecha y de la forma que cada uno juzgue apropiada.
3. Invita igualmente a las organizaciones culturales, profesionales, sindicales, obreras y de asistencia social, que agrupen hombre o mujeres, a ayudar a participar activamente en la celebración de la jornada mundial de la infancia.
4. Ruega el Consejo de Administración del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia que, en unión de la Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura, adopte medidas de acuerdo con la presente resolución y de cuenta en sus informes anuales de lo que se haya hecho de acuerdo con las precedentes recomendaciones.

El día universal, tal y como en la resolución internacional queda planteado, persigue dos objetivos muy concretos:

- a) Convocar a los mayores para que estudien y resuelvan la problemática que el colectivo menor de edad tiene planteada.

- b) Hacer participar a los menores para que entre ellos se fomenten los sentimientos de solidaridad, informándoles, además, de las acciones llevadas a cabo y de los esfuerzos realizados en su beneficio, en los ámbitos nacional e internacional.

Es evidente que la problemática de los menores fue afrontada decididamente por la organización de las naciones unidas, sin embargo, es necesario que todos los países piensen seriamente en estudiar y elaborar una ley especial y única para los menores, en la cual se culden y se vigilen todos los aspectos que puedan influir para el debido crecimiento y desarrollo de estos menores.

Con respecto a esto, la Suprema Corte de Justicia ha resuelto lo siguiente:

**LIC. ZAMBRANO
SUPREMA CORTE**

Fuente: Civil

Sección: Jurisprudencia

Página: 426

Epoca: 6a.

Título: Responsabilidad Civil de los Padres, por actos ilícitos de sus hijos sujetos a su Patria Potestad.

Texto: A los padres corresponde por natural consecuencia del ejercicio de la Patria Potestad, cuidar la conducta presente y futura de sus hijos, inculcándoles que como base de toda actividad, en presencia y en ausencia de ellos, respeten las normas impuesta en general por la convivencia social y en especial por la técnica y la particular disciplina de las profesiones a que se dediquen, de aquí que aún cuando los titulares de esa potestad paternal no se encuentren al lado de los menores en todo momento, ni dominen esas especialidades profesionales cualquier proceder ilícito de éstos ha de reflejar responsabilidad para aquellos, pues su ocurrencia impone presumir que no han atendido cumplir esa obligación esencial de educar a los hijos despertando y exaltando en ellos el respeto a esas exigencias de la vida en comunidad. Por esto, si los padres no rinden prueba suficiente para desvirtuar tal presunción, no podrán aprovechar la excepción establecida por el artículo 1922 del Código Civil del Distrito Federal.

Preceda/Referencia

Quinta Epoca:

Suplemento de 1956 Pág. 426 A.D. 7364/49 Toribio Veiasco. Unanimidad de 4 votos.

**LIC. ZAMBRANO
SUPREMA CORTE**

Fuente: Civil

Epoca: 8a

Título: Responsabilidad Civil proveniente de hecho ilícito exigible a los ascendientes de un menor. Caso en que no existe. (Legislación del Estado de Puebla).

Texto: El artículo 1966 del Código Civil para el Estado que establece que los ascendientes son responsables de los hechos ilícitos cometidos por las personas sujetas a ellos, ascendientes en virtud del ejercicio de ésta tienen la obligación de dar a sus hijos o nietos una buena educación, vigilarlos atentamente e impedir que causen daños y perjuicios, así cuando un hijo causa un daño en determinados casos es dable presumir que los padres no han cumplido con su deber, de modo que la responsabilidad que establece la ley no es propiamente por el hecho de otro, sino por su propia falta. Por lo mismo, los ascendientes no pueden ser responsables cuando acrediten que no tienen culpa, ni pudieron impedir el hecho o la omisión del que nace la responsabilidad, de tal manera que si se relata como hecho generador de ésta, que dos menores de diez años forcejearon con un lápiz, en un salón de clases y con motivo de ese evento un tercero resultó lesionado, esto constituye un mero accidente del que no deriva ninguna responsabilidad, primero porque los padres no se encontraban en el lugar de los hechos y segundo, porque la lesión no se debió a un descuido en la educación del menor, sino a un juego o forcejeo con juguetes y útiles escolares, que es común en los menores de esa edad. Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito (TC063272 CIV).

Precede/Referencia

Amparo directo 371/89. Zoyla Silvestre Mino. 24 de octubre de 1989. Unanimidad de Votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretaria: María Guadalupe Herrea Calderón.

Conclusiones

1. La familia es una sociedad natural, no ha sido creada ni por el hombre, ni por el estado, es anterior a todo orden jurídico y por lo mismo, es una institución que da razón de ser del derecho.
2. Los valores que persigue la familia, siempre serán superiores a los que persigue el estado, debido a la superioridad ontológica del individuo sobre la comunidad, el individuo tiene fines trascendentales que por su propia naturaleza son superiores a cualquier fin que se proponga la sociedad.
3. Actualmente el contenido de la Patria Potestad viene caracterizado por los deberes y derechos de protección y asistencia que tienen los padres para con sus hijos y estos para con sus padres de acuerdo a sus necesidades.
4. Como se ha estudiado en los capítulos anteriores, se han dado muchos conceptos diferentes sobre lo que es la patria potestad, sin embargo, estos conceptos y el mismo nombre de "patria potestad" responden más que a la realidad, a la fuerza de la tradición, ya que en nuestros tiempos la patria potestad ya no significa el poder del padre sobre sus descendientes o núcleo familiar, sino que ese nombre responde al conjunto de derechos y obligaciones recíprocas de los hijos y de los padres, por lo tanto, sería muy conveniente que se modificara la ley en este sentido, empezando por cambiarle el nombre y por consiguiente su contenido, para lo que yo propongo que se establezca de la siguiente manera:

En mi opinión debería de llamarse "los derechos y obligaciones recíprocas de los hijos y de los padres" y la definiríamos como "el conjunto

de derechos y obligaciones recíprocas de los padres y de los hijos, sobre sus personas y bienes, mientras estos sean menores de edad y no se encuentren emancipados, o de los abuelos para el caso de que sean ellos, los que estén ejerciendo el cuidado y vigilancia de los menores a falta de sus padres.

5. La Patria Potestad se ha ido desarrollando poco a poco, marcándose en cada época la intervención del estado que está tomando cada día más, un carácter paternalista para proteger a sus menores.
6. El Estado tiene la obligación de regular las relaciones paterno filiales, pero nunca podrá regular la vida o la muerte de un niño, ya que esta función no le corresponde ni le podrá corresponder nunca.
7. El estado debe de incrementar el personal competente para vigilar más de cerca las relaciones paterno filiales, todo esto con la finalidad de hacer del conocimiento de padres e hijos de los derechos y deberes recíprocos que se tienen, así como de la importancia de los padres o abuelos en la formación física y moral de sus hijos o descendientes.
8. En nuestro derecho no hay ningún precepto legal que contenga el derecho de visita, a pesar de que no es totalmente desconocido sobre todo en los convenios de divorcio voluntario, por lo tanto es un derecho que debe ser estudiado por la doctrina y plasmado en la ley. Por lo tanto es necesario modificar nuestra legislación, ya que como nos hemos podido dar cuenta, gran cantidad de países en el mundo están estudiando y creando leyes especiales para los menores, por lo que yo propongo que se establezca un derecho especial para menores que regule todos los aspectos de su vida,

desde el momento en que es concebido hasta su mayoría de edad. Un derecho lo mas amplio posible que trate de cubrir la mayor cantidad de situaciones que puedan presentarse durante la vida del menor, en este lapso de tiempo que en realidad no es mucho, pero que puede dar lugar a un sin número de situaciones diferentes, por lo que se trataría de contemplar las mas primordiales pero cubriendo siempre todos los aspectos, como su derecho a la vida, el derecho a la educación, a su desarrollo social, económico, intelectual, moral etc, hasta de como sería responsables por sus actos, obviamente tendría también que establecerse aun mas claramente de lo que esta ahora todos los órganos estatales que estarían encargados de vigilar el cumplimiento de esas normas, estableciendo requisitos personales muy estrictos para lograr la mejor información y resultados de estos órganos oficiales, ya que como he visto en la práctica, en algunos estados de la república no se vigila estrictamente la correcta aplicación de las leyes en cuanto a la persona y bienes del menor.

Es muy importante también hacer conciencia en la población de la responsabilidad que tenemos todos de cooperar con las instituciones encargadas de vigilar el cuidado de los menores, ya que en la mayoría de los casos, cuando una persona se entera de una maltrato a un menor o de un abandono etc, no manifiesta nada ante las autoridades, ya sea por miedo o porque simplemente no les interesa.

En este nuevo derecho de menores deberá tomar en cuenta entre otras cosas lo siguiente:

- I. Deberá regularse la protección, asistencia y vigilancia de los menores de 18 años, dentro y fuera de su entorno familiar.
- II. Deberá tomarse en cuenta la situación económica, social y cultura de cada menor, así como el de sus padres o guardadores.
- III. La realización de estudios médicos, pedagógicos, familiares, sociales. Etc, de cada menor y su familia.
- IV. Que los órganos encargados de vigilar que se cumpla con todos los lineamiento del derecho a menores, cuiden siempre que a estos no les falta.
 - Parques o lugares de recreo en donde puedan permanecer lejos de cualquier peligro.
 - Escuelas adecuadas, en donde siempre se les de el mismo trato, independientemente de su situación económica o social.
 - Servicio médico.
 - Educación especial cuando lo requiera
 - Protección de todas aquellas autoridades, que mas que proteger los corrompen.
 - Cuidar y vigilar que los menores no sean explotados por sus padres o por todas aquellas personas que los tiene trabajando.
 - Cuidar que siempre tengan que comer y lugares en donde descansar, ya sea en sus casas o en albergues especializados, para todos aquellos niños que viven en las calles.
 - La prohibición total del trabajo para menores de 14 años.
 - La contratación de mayor número de personal capacitado (que conocemos como trabajadores sociales), para que se

cuide que los menores no sean maltratados y estén recibiendo todos los medios necesarios para su desarrollo.

Porque no debemos olvidar que: mientras menos cultura tiene un individuo mas fácilmente cae en la delincuencia violenta; que cuando es menor su escolaridad, comete muchos mas delitos que cuando posee estudios superiores; que cuando las personas es mas inculta, repite mas fácilmente sus delitos, cosa que no acontece cuando tiene estudios, y sobre todo que cuando una persona tiene hambre, no piensa muchas veces la consecuencia de sus actos.

9. Cambiar los marcos jurídicos vigentes es ya una necesidad apremiante en el campo del menor, plasmándose dicho cambio en una ley Básica del Menor, es decir, crear un Derecho de Menores, como una ley que trate única y exclusivamente sobre el menor.
10. Debe atenderse específica y técnicamente al menor y su entorno, ya que todo sistema legal para poder resolver los problemas del menor, debe estar basado en una atención específica a dicho menor y al entorno en el que se desenvuelve, para poder llegar a comprender su vida y desarrollar en todos los aspectos, físico, moral, educativo, económica, etc.
11. Trata de resolver los problemas socioeducativos, como la falta de capacidad para educar y la falta de conciencia sobre la importancia fundamental de la educación en el desarrollo del ser humano. Esto, buscando la ayuda de profesionistas capacitados para ello.
12. En cuanto a la responsabilidad civil por el hecho de otro:
 - a) Deberá existir un hecho ilícito.
 - b) Que se cause un daño.

- c) Que entre el hecho ilícito y el daño se observe una relación de causa y efecto
- d) Que no ocurra una circunstancia excluyente de responsabilidad.

13. En cuanto a las personas responsables:

- a) El artículo 1919 de nuestro Código Civil establece:
"Los que ejerzan la Patria Potestad tiene obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos".
- b) El artículo 32 fracción I de nuestro Código Penal establece:
Están obligados a reparar el daños en los términos del artículo 29 los ascendientes por delito de los descendientes que se hallaren bajo su Patria Potestad, los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad.

En principio, cada persona debería de responder por los actos que comete, sin embargo la excepción a este principio se encuentra en la razón de que determinadas personas están llamadas a dirigir los actos de otros y si estas causan daño el legislador supone que el hecho perjudicial a sucedido por falta de cuidado, por culpa de el que tiene bajo su vigilancia y cuidado a un menor o a un incapaz, por lo cual la responsabilidad del hecho ajeno resultad de una culpa por descuido en custodia.

- c) La excepción a este principio será que los padres o tutores no responderán por el hecho ajeno, si demuestran que les fue imposible evitar el daño.

- d) Otro requisitos para la responsabilidad del hecho ajeno es que se trate de menores de edad o incapaces.
 - e). En cuanto a los emancipados, la opinión general se inclina en el sentido de que la emancipación pone fin al poder paterno y por lo tanto ellos responderán por sus actos.
14. En cuanto a la reparación del daño:
Consistirá a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior a el o en el pago del daño.
15. Para determinar el monto de la indemnización, se regirá por lo establecido en la Ley Federal del Trabajo.

BIBLIOGRAFIA

1. Dr. Alberto Pacheco Escobedo, La Familia en el Derecho Civil Mexicano pág. 13 México
2. Juan Iglesias Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado, págs. 547 y ss. 1982 Barcelona, cita Digesto. 50,16, 195, 2.
3. El Digesto de Justiniano Trad. Castellana D'ors, Hernández Tejero, Fuenteseca, García, Garrido y Burillo. 37, 12, 5. Pamplona 1968-1976
4. Idem. 48, 9, 5.
5. Solezzi, Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico 7, págs. 131 y ss. 1956, Lan Franchi, Archivio Giuridico "Filippo Serafini" 175 págs. 262 y ss. 1968. Fura Rivista internazionale Diritto Romano e Antico, Nápoles, cita Digesto 2, 4, 5, Juan Iglesias. Derecho Romano, Barcelona 1982.
6. Digesto 38, 16, 3, 11.
7. Juan Iglesias, Derecho Romano, instituciones de Derecho Privado págs. 553 y ss. Barcelona 1982, cita a Bergmann, Piturno, Monier, Albertario.
8. Gayo 1, 107, e, 83, Juan Iglesias, Derecho Romano, cita Torrent Revue Internationale des Droits de l' Antiquité, 14, 1967 págs. 44 y ss.
9. Gellio 5, 9, 10, Juan Iglesias, Derecho Romano pág. 555, Barcelona 1982.
10. Codex Iustinianus, rec. Krueger, Berlin 1877. 8, 47, (48), Juan Iglesias, Derecho Romano. pág. 555. Barcelona 1982.
11. Instituciones Iustiniani 1, 11, 4, cita bianchi Diritto Romano Cristiano 3 pág. 66 y ss. Milán 1951

12. Codex Iustinianus 8, 47, 48, 10, Labeo, Rassegna di Diritto Romano, pág. 163 y ss. Nápoles 1979.
13. Juan Iglesias, Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado, pág. 558, Barcelona 1982.
14. Novellae Iustiniani 81, 3.
15. Codex Iustinianus 12, 3, 5, Institutiones Iustiniani, 1, 12, 4, Novellae Iustiniani 81,
16. Codex Iustinianus 8, 51, 52, 2c, 11, 41, 40, 6c, 1, 4, 12. Novellae Iustiniani 12, 2,
17. Gallo 1, 166a. Juan Iglesias Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado pág. 559. Barcelona 1982.
18. Codex Iustinianus 8, 50, (49), 5 del año 502.
19. Digesto 37, 12, 5.
20. Idem 1, 7, 32-33.
21. Idem 35, 1, 92.
22. Codex Iustinianus 8, 50, (49), 1, Del año 367, Juan Iglesias, Derecho Romano pág. 560, Barcelona 1982.
23. Gayo 1, 137, Festo zss 67, pág. 492 y ss. (1950), Schaub zss: Zeitschrift der Savigny Stiftung Für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung Weimar, Juan Iglesias, Derecho Romano pág 560, Barcelona 1982.
24. Digesto 38, 10, 4, 3.
25. Idem. 38, 10, 1, 1.
26. Idem. 41, 1, 10, 1.

27. *Idem.* 15, 1, 5, 3.
28. *Idem.* 39, 5, 7.
29. *Idem.* 15, 1, 4.
30. *Novellae Iustiniani.* 117, 1.
31. *Codex Iustiniani.* 6, 61, 8, 1.
32. *Codex Iustiniani. Fragmenta Institutiones Iustiniani* 118, 2.
33. Los D. D. D. Ignacio Jordán De Asso y D. Miguel De Manuel y Rodríguez. *Los Códigos Españoles, Tomo primero.* Madrid 1847
34. *Idem.*
35. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2ª edición* Editorial Trillas México, D.F. 1983.
36. Augusto César Beituscio, *Manual de Derecho de Familia.* Buenos Aires 1947; Sara Montero Duhait, *Derecho de Familia,* México 1987.
37. Amparo Directo, 3818/1968, Martha Contreras, Febrero 14 de 1969, Unanimidad de 4 Votos. Ponente Maestro Mariano Azuela, 3a. Sala Séptima Época, Volumen II, Cuarta Parte, pág. 67.
38. Amparo Directo, 2026/1983, Constantino Díaz Villar, 4 de Junio de 1984, Unanimidad de 4 votos, Ponente Gloria León Orantes, Secretario Héctor Gutiérrez de Velasco Romo.
39. *El Derecho de Visita.* Luisa Gabriela Chávez, pág. 42 México 1987
40. Francisco Rivera Hernández, *El derecho de Visita, Ensayo de Construcción Unilateral del Libro El Derecho de Visita, teoría y praxis;* pág. 231 Pamplona España.
41. Manuel F. Chávez Ascencio, *El Deber Jurídico, La Familia en el Derecho.* pág. 329, México 1984.

42. L. Mendizabal Óses, Derecho de Menores, Teoría General pág. 45 Madrid 1977.
43. Idem. pág. 53
44. Idem. pág. 100
45. San Mateo, Santo Evangelio segun 18.10.
46. Idem. 19.13 14.15.
47. San Marcos, Santo Evangelio segun 9.35,36.
48. Corán Sura VI, vers. 141.
49. Idem, Sura VI, vers. 152.
50. Idem, Sura XVII, vers. 48.
51. Ulpianus fr. 9 pág. 2 y 5 de Minoribus, IV, 4.
52. Rogel, Vida en la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Civil Español, Civitas Madrid 1976 pág. 129.
53. Santos Briz, La responsabilidad Civil 4a. Edición pág. 438, 1986.
54. Yzquierdo. La Responsabilidad Civil de Menores e Incapacitados, en estudios sobre Incapacitación e instituciones tutelares, pág. 178, 1984.
55. Lacruz Berdejo. Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Vol. 1, 2a. Edición, pág. 570,1985.
56. De Angel. Comentarios al Artículo 1903 del Código Civil, en Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia, Vol. II, 1984.
57. De Angel. Lecciones de Responsabilidad Civil, pág. 61 Bilibao 1978.

58. León Gonzalez, Rogei Vida, Scaebola, Código Civil Comentado y Concordado, Tomo XXI, pág. 47.
59. Castán Tobeñas. Derecho Español, Comun y Foral. Tomo IV, 11a. Edición pág. 941, 1981.
60. Puig. Peña, Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, pág. 557, 1966.
61. Albaradejo. Derecho Civil, Tomo II Voi.2, pág. 94, 1982.
62. De Angel Lecciones Sobre Responsabilidad Civil. págs. 71 y 72. Bilbao, 1976.
63. Castán Tobeñas, Derecho Civil Español. Común y Foral, Tomo IV, 11a. Edición, pág. 942, 1981.
64. Soto Nieto. La Responsabilidad Civil de Ilícito Culposo. págs. 164, 165 y 166. Madrid, 1962.
65. Idem.
66. Le Gall. Liability For Persons Under Supervisión en International Encyclopedia of Comparative Law. Voi. XI fasc. 3 págs. 7 y 6, Cita este autor como dos únicas excepciones de responsabilidad objetiva ios Derechos de Luisiana y Madagascar.
67. Ibidem. págs. 20 y 21.
69. Para italis. Un Estatus Quaestionis en Scionti: Sulla Responsabilita dei Genitori ex, Artículo 2046 Código Civil en 11 Diritto di Familia e Delle Personae, págs. 1405 y ss. 1978.
70. León, Rogel, Borell. Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual Civil, 2a. Edición, Barcelona 1956, pág. 36. García Vicente, La Responsabilidad Civil de los Padres por Actos del Hijo Menor, Causas de Exoneración, Anuario de Derecho Civil, 1984, págs. 1035 y 1036, Pantaleón en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil No.6, 1990, Santos Briz y De Angel.

71. Bonnecase. Suppl. Tomo, II No. 252,
72. Ibidem. No. 251
73. Ibidem. No. 367
74. Rossel. Tomo I, No. 112. Manuel Borja Soriano. Teoría General de las Obligaciones, pág. 259.
75. Diario Oficial. 22/XII/1975.
76. Ibidem. 20/II/1940 y 22/XII/1975.
77. Manuel Borja Soriano, Teoría General de Las Obligaciones, pág. 360,