

LA PATRIA POTESTAD Y SU EVOLUCION EN EL SISTEMA CIVIL ECUATORIANO

Por: Dra. Norma Plaza de García

Potestad significa la atribución jurídica conferida a un órgano de autoridad. Diccionario de Derecho de Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara.

En *el derecho moderno*, *Patria Potestad* significa el conjunto de facultades, y sus correlativos deberes, conferidas a quienes las ejerce, como padres, abuelos (en algunas legislaciones), adoptantes, destinadas a la protección de menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes.

Etimológicamente, la frase proviene del Latín, *patria potestas*, que significa "autoridad paterna", la misma que correspondía al padre de familia o *pater familias*, cabeza de la misma e investido con potestad sobre otras personas. La facultad podía corresponder no sólo al padre, sino en casos al abuelo.

La Institución de la *Patria potestad* es base fundamental del Derecho de familia del sistema jurídico de Roma. El término denotaba el conglomerado de derechos y poderes peculiares que, bajo el sistema civil de Roma, correspondía a la cabeza de una familia, con respecto a su mujer (cónyuge), e hijos, engendrados por él, o adoptados, y cualesquiera otros descendientes más lejanos o remotos, que lo fueran a su vez de su descendencia masculina solamente, según el Black's Law Dictionary.

En el derecho antiguo el poder del *pater familias* incluía el de la vida o la muerte, pero se le fue reduciendo paulatinamente hasta incluir únicamente el derecho a la posesión, uso y usufructo de aquellos bajo su poder debiendo tener siempre presente la máxima "*patria potestas in pietate debet, non in atrocitate, consistere* (la patria potestad deberá consistir o ser ejercida en afecto y no en atrocidad).

Según el Black's Law Dictionary, los derechos del pater familias en el derecho romano clásico, fueron *patrimoniales* o relativos a los bienes patrimoniales. Es necesario, por lo tanto, hacer una pequeña disgregación respecto a lo que el Derecho Civil Romano entendía por **patrimonio**.

Así, era patrimonio aquello que era susceptible de ser heredado. También se entendía por patrimonio, el derecho de dominio exclusivo y privativo de un individuo, o también las cosas susceptibles de ser poseídas por alguien con la exclusión de otras, y si no eran susceptibles de ser poseídas, o no estaban en su poder o posesión, se decía que eran extra patrimoniales. También se entendía por patrimonio, cualquier clase de propiedad, tales como las heredadas por línea paterna, de cualesquiera otra antecesores.

Pero los derechos inherentes a la patria potestad no son únicamente patrimoniales; hay también derechos personales como la facultad del padre de sujetar, corregir y castigar moderadamente a los hijos; servirse de ellos, sin darles salarios, pues cumple con mantenerlos y educarlos; implorar el auxilio de la autoridad pública para reducir a su poder al hijo que voluntario o forzado estuviere en poder de otro, o vagando sin querer obedecerlo.

El concepto de Patria Potestad es inseparable de la noción y definición de hijos. Para Joaquin Escriche, la patria potestad consistía en la autoridad que las leyes daban al padre sobre la persona y los bienes de sus hijos legítimos, autoridad que competía la padre y no a la madre, recayendo precisamente sobre los hijos legítimos o legitimados, indicando Escriche que la patria potestad no recaía sobre los hijos naturales, incestuosos, adulterinos, diferenciaciones que nuestro Código Civil consideró injustas y oprobiosas, pero se encontraban en la Ley sobre Calificaciones y Declaración de hijos naturales publicada en el Registro Auténtico 002 de 14 de abril de 1837.

TRAYECTORIA DE LA LEGISLACION CIVIL EN EL ECUADOR:

El **Primer** Código Civil Ecuatoriano, expedido por Decreto Supremo del Gobierno Provisorio el 29 de noviembre de 1859, y mandando a imprimir por el gobierno en la Imprenta de los Huérfanos de Valencia, impresor M.R. Jiménez, primera edición de 3 de diciembre 1860, que co-

menzó a regir desde el 1° de Enero de 1861, no hace las distinciones de Escriche, sino que diferencia entre legítimos, naturales, ilegítimos y de dañado ayuntamiento. El Dr. Santiago Castillo Barredo nos relató en clase la anécdota de la razón por la cual fue eliminada la clasificación de hijos sacnlegos, y que la prueba de su aserto puede ser encontrada en los anales del Congreso Nacional.

Este primer Código es mucho más sencillo que los anteriores. Correspondía a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer; los impedimentos eran los que la Religión Católica consideraba como tales; existía un juicio de divorcio, pero pertenecía a la autoridad eclesiástica y sólo los efectos civiles del mismo (bienes de los cónyuges, libertad personal y crianza y educación de los hijos estaban regladas positivamente y las judicaturas civiles). A este Código de 1860, le sigue el **segundo** de 1871 con ligeras reformas.

El **tercero** fue el de más larga vida, y que prácticamente, con reformas sustanciales como la incorporación del matrimonio civil y el divorcio, siguió vigente hasta 1959, fue **el de 1889**.

En este Código encontramos: a) en el Título XII trata De los Hijos Naturales, art. 267 a 272, y el art. 267 dice: "Los hijos nacidos fuera de matrimonio, no siendo de dañado ayuntamiento, podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y tendrán la calidad de *hijos naturales*, respecto del padre o madre que los haya reconocido" menciona como naturales a los hijos concebidos fuera de matrimonio". A los padres que así los hubiesen reconocido se los designará como padres ilegítimos (art. 271). Ese reconocimiento podía ser impugnado si el padre o la madre hubiesen concebido al hijo mientras estaban casados con otra persona, o si los habían concebido en dañado ayuntamiento. No he encontrado otra definición del término que la del derecho romano *damnatus coitus* o corrección sexual ilegal (ilegal sexual connection del Black's Law Dictionary).

b) En el Título XIV se refería a los Hijos ilegítimos no reconocidos solemnemente, arts. 277 a 289, y se trataba simplemente del hijo que ha obtenido por vía judicial el reconocimiento que debió haber sido voluntario.

c) El Título XVII se refería a los alimentos que se debían por Ley a ciertas personas, y el art. 311 señalaba: "Se deben alimentos 1° al cónyuge; 2° a los descendientes legítimos; 3° a los ascendientes legítimos; 4² a los hijos naturales y a su posteridad legítima; 5° a los padres naturales; 6° a los hijos ilegítimos, según el título XIV de este Libro; 7° a la madre ilegítima; 8° a los hermanos legítimos; 9° al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiese sido rescindida o revocada; 10° al ex religioso que, por su exclaustación, no haya sido restituído en los bienes que, en virtud de su muerte civil pasaron a otras manos. La acción del exclaustado se dirigirá contra aquellos a quienes pasaron los bienes que, sin la profesión religiosa, le hubieren pertenecido, y la acción del donante, contra el donatario".

—La edición de 1930 "hecha por la Academia de Abogados de Quito y aprobada por la Corte Suprema de Justicia, conforme el Decreto Legislativo del 30 de septiembre de 1912, impresa por los Talleres Gráficos Nacionales en 1930 autenticado cada ejemplar por el Ministro de Hacienda S.E. Durán Ballén R., teniendo el ejemplar a que tuve acceso el N2 00000544, y más tarde encontré en mi biblioteca otro ejemplar, que había comprado hace muchos años en un anticuario tenía el número 00001533, y recién al hacer este trabajo me dí cuenta que el libro perteneció al Dr. Antonio Muñoz Elinan, íntimo amigo de mi padre y que, con su puño y letra había escrito las reformas posteriores a esa edición, y que son: las del 22 de noviembre y R.O. 65 16 de diciembre de 1935; R.O. 187 de 12 de mayo de 1936; R.O. 193 de mayo 13 de 1936; R.O. 228 de julio 1° de 1936; R.O. 282 septiembre 4 de 1936 referente a la enajenación de los bienes del marido; R.O. 464 abril 14 de 1937; R.O. 470 de 21 de abril de 1937; R.O. 511 de junio 11 de 1937; y R.O. 475 de abril 27 de 1937. Además de las disposiciones concernientes a hijos que estuvieren bajo el cuidado de madre divorciada, R.O. 0833 de 14 de marzo de 1947.

En el texto de 1930 se sigue manteniendo la distinción entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos no reconocidos solemnemente y en el art. 267 se mantiene la referencia o distinción de los de dañado ayuntamiento.

— La edición del Código Civil de 1950 impreso por los Talleres Gráficos Nacionales, en Quito autenticado el ejemplar en mi poder por la firma impresa del señor José Araujo Luna, Ministro del Tesoro, lleva el N° 004523 y este texto ya no hace distinción entre hijos legítimos, ilegí-

timos o naturales, sino entre las dos primeras clases de hijos únicamente (art; 291).

– La Codificación de la Constitución y Leyes de la República, compilación de la Comisión Legislativa aprobada por el Congreso el 2 de Diciembre de 1959 y publicada en el Suplemento al R.O. N° 1202 de 20 de agosto de 1960, y por la Editorial Jodoco Ricke en 1960, libro al que llamábamos "la Biblia", quienes estudiamos Derecho antes de 1970, incluye el Código Civil en las páginas 615 a 1040.

El quinto Código, salvo mejor criterio, vendría a ser el aprobado en la administración del Dr. J. María Velasco Ibarra, Decreto Supremo N° 180 de 3 de agosto de 1970, publicado en el R.O. N° 34 de 7 del mismo mes, en el que se declaró que se hallaban en vigencia las reformas al Código Civil dictadas por la Comisión Legislativa Permanente y promulgadas en el R.O. N° 446 de 4 de junio de 1970, codificación que fue publicada en el Suplemento al R.O. N° 104 de 20 de noviembre de 1970.

Este Código ha sufrido reformas fundamentales en las Leyes N° 43 publicada en el Suplemento al R.O. 256 de 18 de agosto de 1989 y la N° 83 publicado en el R.O. 486 de 25 de julio de 1990.

JURISPRUDENCIA:

En la Serie I de la Gaceta Judicial N° 14, pág. 108 se refiere el juez al reconocimiento de los hijos naturales; la misma serie N° 54 Pág. 430 se refiere a la notificación del reconocimiento del hijo natural, y en la gaceta de la misma Serie I N° P 52 a las personas que pueden impugnar el reconocimiento del hijo natural y sus causas, y en la misma Gaceta I, el N° 127, pág. 1014 dispone sobre la pérdida de la Patria Potestad por parte de la madre, en la siguiente forma: "El Código Civil separa los derechos naturales de la partenidad, de los derechos civiles, que, propiamente constituyen la Patria Potestad... A consecuencia de esta separación, los últimos están reducidos al usufructo, el de administración y el de representación... es incuestionable que la madre que pasa a segundas nupcias no pierde, por ello, el derecho de representar a sus hijos no emancipados, pues el Código Civil sólo la priva de la administración, declarando, de un modo expreso que no pierde los demás derechos de la Patria Potestad, y no ha de deducirse que al padrastrero es a quien corresponde la defensa judicial de los entenados, por decir **que él es el repre-**

sentante legal de la madre, pues la Ley no reconoce representantes de representantes. Y si el ejercicio de la Ley concede a la madre para representar a los hijos de primer matrimonio, pudiera sufrir inconvenientes, es el legislador y no a los jueces a quien toca removerlos".

La Serie II, N° 151 pág. 1206 trata del cuidado personal de los hijos naturales, pero en la misma serie N° 141 Pág. 1126 se dice: "La viuda que da a luz hijos ilegítimos pierde la patria potestad y por lo tanto no puede representar a sus hijos legítimos aunque después observe buena conducta".

La Serie V, N° 142, pág. 3504 sigue refiriéndose a los hijos naturales en el tema de retroactividad de los derechos concedidos a ellos, al tiempo que está vigente el Código Civil reformado a 21 de noviembre de 1935.

La Serie V N° 161, pág. 3970 dictamina sobre a quien compete la acción de investigación de la paternidad a mayo de 1939 y en ella se refiere a los hijos ilegítimos de la actora, y que no tiene la representación legal de los mismos. La Serie VIII, N° 10 pág. 41 trata de los casos en que debe declararse legalmente la paternidad ilegítima.

La Serie VIII N° 2° Pág. 120 habla de la forma del reconocimiento voluntario de los hijos ilegítimos.

EVOLUCION DE LA INSTITUCION EN EL ECUADOR

Me reduciré a los dos últimos textos, el de 1970 y al actual, que definen a la institución de la misma forma: art. 300: "La patria potestad es el conjunto de derechos que tiene los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman *hijos de familia*, y los padres, con relación a ellos, padres *de familia*". Hasta el Código Civil de 1960 se decía que patria potestad era el conjunto de derechos que tenían los padres legítimos sobre sus hijos no emancipados.

Antes de la reforma de 1970, la legitimación ponía fin a la guarda en que se hallaba el legitimado y daba a los padres legitimantes la patria potestad sobre el menor de 21 **años. Este artículo por razones obvias, se ha eliminado.**

Desde el primer Código existe un privilegio o consideración para los menores burócratas y sus padres: "La patria potestad no se extiende al hijo que ejerce un empleo o cargo público, en los actos que ejecuta en razón de su empleo o cargo" art. 301 actual. Los empleados públicos menores de edad eran considerados como mayores, en lo concerniente a sus empleos, pero ese inciso no tiene hoy razón de ser porque es absurdo que un menor de 18 años pueda ser empleado público.

Hasta 1970 era el padre quien gozaba del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, llamándosele "*usufructo legal*" con la excepción de los adquiridos en el ejercicio de todo empleo, profesión liberal o industria u oficio mecánico; los adquiridos a título de donación, herencia o legado; las herencias o legados que hubieren pasado al hijo por incapacidad o indignidad del padre.

Después de la Reforma de 1970, el art. 302 dice: "Si el hijo es común de ambos cónyuges, la sociedad conyugal goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, menos" los que se indican en los numerales posteriores, y que son las mismas excepciones de antes de la reforma. "Si el hijo ha sido concebido fuera de matrimonio, tendrán dicho usufructo el padre o padres, a cuyo cuidado se halle confiado". La Ley 43 Suplem. al R.O. 256 de 18-VIII-89 reformó el último inciso de este artículo y quedó así: "Se llama usufructo legal del padre o madre de familia, el que le concede la Ley".

El art. siguiente, el 304 dice que la sociedad conyugal o los padres (antes de 1970 decía que el padre) no gozarán el usufructo legal sino hasta la emancipación del hijo. Y el 305, reformado mediante la Ley 43, dice que los padres no están obligados en razón del usufructo legal, a la fianza o caución que generalmente deben dar los usufructuarios para la conservación y restitución de la cosa fructuaria.

Antes de la reforma se decía que el hijo de familia se mirará como emancipado para la administración y goce de su peculio profesional o industrial. Hoy se dice que será "considerado como mayor de edad" para tal administración y goce (art. 305).

El art. 306 dice que "los padres" administrarán los bienes del hijo cuyo usufructo les concede la Ley, sujeto a la administración de los bienes de la sociedad conyugal, y que no tienen esta administración en las cosas

donadas, heredadas o legadas bajo la condición de que no la administre el padre o la madre, o por haber sido éstos desheredados.

La Ley 43 arriba citada modifica el artículo aclaratorio siguiente, el 307, que quedó así: "La condición de no administrar el padre o la madre, impuesta por el donante o testador, no se entiende que le priva del usufructo, ni la que le priva del usufructo se entiende que le quita la administración, a menos de expresarlo lo uno o lo otro por el donante o testador".

El 308 indica que ni el padre ni la madre tienen obligación de hacer inventario de bienes (antes se aplicaba únicamente para el padre de familia) mientras no pase a otras nupcias, pero llevará una descripción circunstanciada de los bienes.

309: "El padre o la madre es responsable en la administración de los bienes del hijo, hasta de la culpa leve. La responsabilidad del padre o la madre para con el hijo se extiende a la propiedad y a los frutos, en los bienes del hijo en que tiene la administración, pero no el usufructo, y se limita a la propiedad, en los bienes de los que es administrador". En la Ley 43 se agregó a la madre.

El art. 310 es similar al 270 de la Codificación de 1970, pero agregándosele la madre, y ha quedado así, según la Ley 43: "Habrá derecho para quitar al padre o a la madre la administración de los bienes del hijo cuando se haya hecho culpable de dolo o de grave negligencia habitual. El padre, o la madre, en su caso, pierde la administración de los bienes del hijo mientras por resolución del juez está suspensa la Patria potestad.

Peculio profecticio es todo lo que adquiere el hijo con los bienes del padre o por respeto y contemplación a éste y correspondía al padre, y hoy al padre y madre por razón de la patria potestad; el *peculio adventicio* es todo lo que adquiere el hijo por su industria, por fortuna, por donación o herencia (antes se decía que por su madre) parientes o extraños. La legislación actual ha eliminado que por su madre. El adventicio **es, en** otras legislaciones, del padre en cuanto al usufructo y del hijo en cuanto a la propiedad.

El 311 es el 371 de 1970, con las siguientes modificaciones contempladas en la Ley 43: "No teniendo ninguno de los padres la administra-

ción del todo o parte del *peculio adventicio* ordinario o extraordinario, se dará al hijo un curador para esta administración. Pero quitada al padre o la madre la administración de los bienes del hijo, ésta corresponderá al que no estuviere impedido; y si ésto no fuere posible, a un guardador. No variará el usufructo de la sociedad conyugal o del padre o madre, si solamente se le priva de la administración, **pero si pasa la administración a uno de ellos, éste recibirá también el usufructo**".

El art. 312 ha quedado así por la Ley 43: "los actos y contratos del hijo de familia no autorizados por el padre, la madre, o por el guardador, en el caso del artículo precedente, lo obligarán exclusivamente en su peculio profesional o industrial. Pero no podrá tomar dinero a interés ni comprar al fiado, excepto en el giro ordinario de dicho peculio, sin autorización escrita del padre, de la madre o su guardador; y, si lo tomare, no quedará obligado por estos contratos, sino hasta el monto del beneficio que haya reportado de ellos".

El art. 313 es igual al 273 de 1970 con la siguiente adición de la Ley 43: "Los actos y contratos que el hijo de familia celebre fuera de su peculio profesional o industrial, y que el padre y la madre autoricen o ratifiquen por escrito, obligan directamente al padre o *ala* madre.

Art. 314 es exactamente igual al 274 de 1970: "No se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aún pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez, con conocimiento de causa".

El 315, modificado por la Ley 43, dice que no podrá el padre o la madre hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores.

El 316 es igual al 276 de 1970: Cuando el hijo demande al padre o a la madre, en la misma demanda pedirá venia al juez, quien la concederá en el primer decreto que dicte. El 317, 277 de 1970 ha sido modificado por la Ley 43 en lo siguiente: "El hijo de familia no puede comparecer en juicio como actor contra un tercero, sino representado por el padre o la madre que ejerza la patria potestad. Si el padre o la madre niegan su consentimiento al hijo para la acción civil que éste quiere intentar contra un ter

cero, o si están inhabilitados para prestarlos, podrá el juez suplirlo, y al hacerlo así dará al hijo curador para la litis".

La Ley 43 modificó el Art. 318 el 278 de 1970 en lo subrayado: "En las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse al padre **o a la madre que ejerza la patria potestad** para que represente al hijo en la litis. Si el padre o la madre que ejerza la patria potestad no pudiere o no quisiere prestar su representación, podrá el juez suplirla, y dará al hijo un curador para la litis".

El art. 319, 279 de 1970 ha quedado así, según la Ley 43: "No será necesaria la intervención paterna para proceder penalmente contra el hijo; pero el padre **o la madre que ejerza la patria potestad** está obligado a suministrarle los auxilios que necesite para la defensa".

El art. 320 que señalaba que el hijo no necesita de autorización paterna para disponer de sus bienes por acto testamentario, fue derogado por la Ley 43.

El 321, 281 de la codificación de 1970, ha quedado así por la Ley 43: "Procede la pérdida o suspensión de la patria potestad, cuando el padre o la madre que la ejerza se encuentre en los casos contemplados en el Código de Menores" y el 322, dice: "La suspensión de la patria potestad deberá ser decretada por el juez, con conocimiento de causa, y después de oídos sobre ello los parientes del hijo, el Ministro Público y el Juez de Menores".

El 323, es el 283 reformado por la Ley 43, queda así. "En todos los casos en que termine o se suspenda la patria potestad del padre o la madre, sobre los hijos emancipados, le reemplazará aquél respecto del cual no ha terminado ni se ha suspendido la patria potestad".

El 324 es idéntico al 284 de 1970: "El padre o la madre que lleven una vida disoluta perderán la patria potestad". El 325, antiguo 256 de la Codificación de 1970 quedó así, por efecto de la Ley 43: "**En el estado de divorcio y en el de separación de los padres, la patria potestad corresponderá a aquel de los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo.** Los padres podrán, con todo, apartarse de esta regla, por mutuo acuerdo y con autorización del juez, quien procederá con conocimiento de causa".

En la práctica cualesquiera de los Tribunales de Menores del Guayas hacen caso omiso a estadisposición, y si un padre o una madre desea salir del país, siendo titular de la patria potestad de su hijo, necesariamente requerirán la autorización del otro padre que obviamente no la tiene.

¿Cuál de los padres comparece en representación del menor cuando aquel adquiere un inmueble para el hijo menor no emancipado? En vista de las disposiciones de la Ley 43 ya citados, pienso que el padre y la madre, conjunta o indistintamente, pueden adquirir para el menor que esté bajo su patria potestad, si ambos tienen la patria potestad, y si la tuviese uno sólo de ellos, el padre que la tuviese.

Si la escritura fuese de venta o enajenación, tanto el padre como la madre, si viven juntos o el padre bajo su cuidado se halle, solicitarán al juez la autorización para enajenar el bien del menor, correspondiendo al juez autorizar o no la transferencia de dominio.

La Ley 83 publicada en el R.O. N° 486 de 25 de julio de 1990 Ley Reformativa del Código Civil y del Código de Menores agregó un inciso al art. 336 del Código Civil cuyo texto era: "Los célibes y los que se hallaren en actual estado de viudez, divorcio o separación conyugal judicialmente autorizada, no podrán adoptar sino a personas del mismo sexo que del adoptante", agregándosele actualmente lo siguiente: "Sin embargo, previo informe favorable del Departamento de Trabajo Social del respectivo Tribunal de Menores, se exceptúa a las personas que, teniendo una diferencia de edad de 40 años, como mínimo, en relación con el menor que desearan adoptar, gocen de buena salud física y mental y prueben legalmente su idoneidad moral, cultural y económica".

LA PATRIA POTESTAD EN OTRAS RAMAS DEL DERECHO:

En el Derecho Privado: El Capítulo de la Patria Potestad, y el que le sigue, de la Emancipación, está íntimamente relacionados y concuerdan con la Legislación de Menores, arts. 90 y siguientes del *Código de Menores* y reformas que le competen contenidas en las siguientes disposiciones legales: R.O. 182 del 29 de septiembre de 1976; Decreto Supremo 2572 publicado en el R.O. N° 615 de 26 de junio de 1978; Ley 59 publicada en el R.O. 417 de 14 de abril de 1981; Ley 71 publicada en el R.O. 46 de 28 de julio de 1981; Ley 83 R.O. N° 486 de 25 de julio de 1990.

La Ley N° 170 publicada en el Suplemento al R.O. N°1 agosto de 1992 contiene el nuevo CODIGO DE MENORES, derogando el promulgado el 2 de junio de 1976. Están amparados por esta Ley los menores desde el período prenatal hasta los 18 años (arts. 3 y 4). Queda aclarado que los deberes que mediante este Código se establecen para el Estado, no excluyen la obligación que tiene toda persona de amparar a la familia, a la madre gestante y al menor (art. 1°).

Título II: El Menor como Sujeto de Derechos, Cap. I Derecho a la Convivencia Familiar: derecho a ser criado en el seno de su familia (art. 8). Cap. II: Derecho a la Vida y a la Salud: se prohíbe someter a un menor desde su concepción a experimentación médica (art. 12).

El Título III: trata de las Instituciones de Protección de Base Familiar. Cap. I: De las Relaciones paterno-filiales.- Normas Generales: arts. 43 a 45: Deben obediencia y respeto recíproco; a permanecer en el lugar donde los padres les hubiesen asignado, pero nadie podrá retenerlos contra la voluntad de los padres; deben cuidado a los padres en la ancianidad. Sec. II: Patria Potestad: arts. 46 a 51. Sec. III: La tenencia: arts. 52 a 61; Sec. IV: Régimen de visitas: arts. 62 a 64 y Cap. IV Protección a la madre: desde la concepción hasta la recuperación del parto o aborto natural (art. 65). El Cap. V, arts. 103 a 129 trata de la Adopción, capítulo que está íntimamente vinculado al Título IV sobre la situación de riesgo de los menores: abandono: arts. 130 a 143; protección frente al maltrato: arts. 144 a 153; tabajo de menores, art. 154 a 164; menores infractores: arts. 165 a 190; y, uso ilícito de estupefacientes: arts. 191 a 194.

En el Derecho Mercantil y Societario: El art. 30 del Código de Comercio dice que en el Registro Mercantil se llevará en un solo libro foliado en el que se inscribirá: ⁷² los documentos justificativos de los haberes del que está bajo patria potestad, o del menor o del incapaz que está bajo tutela o curatela de un comerciante...

El Código de Comercio, establece en el art. 9 lo siguiente: "El menor emancipado, de uno u otro sexo, puede ejercer el comercio, y ejecutar eventualmente actos de comercio, siempre que para ello fuere autorizado por su curador, bien intervenido personalmente en el acto, o por escritura pública, que se registrará previamente en la oficina de inscripciones del domicilio del menor, y se publicará por la imprenta. Se presume que el menor tiene esta autorización cuando ejerce públicamente el comercio,

aunque no se hubiere otorgado escritura, mientras no haya reclamación o protesta de su curador, puesta de antemano en conocimiento del público o del que contratarse con el menor".

El art. 10 dice: "Los menores autorizados para comerciar se reputan mayores en el uso que hagan de esta autorización, y pueden comparecer en juicio por sí e hipotecar sus bienes inmuebles por los negocios de su comercio. Pueden también venderlos en los casos y con las solemnidades que prescriben los arts. 435 y 436 del Código Civil".

El art. 11 dice: "Cuando los hijos de familia y los menores que administran su peculio profesional, en virtud de la autorización que les confieren los arts. 305 y 478 del Código Civil, ejecutaren algún acto de comercio, quedarán obligados hasta la concurrencia de su peculio y sometidos a las leyes de comercio".

¿En virtud de lo anterior, puede un menor adulto emancipado y autorizado para ejercer el comercio ser promotor de una compañía anónima?

El art. 157 de la Ley de Compañías, codificación publicada en el R.O. 389 de 28 de julio de 1977 dice: "Para intervenir en la formación de una compañía anónima en calidad de promotor o fundador se requiere de capacidad civil para contratar. Sin embargo, no podrán hacerlo entre cónyuges ni entre padres e hijos no emancipados".

Conuerdo, entonces, con la opinión del Dr. Gustavo Ortega Trujillo, expresada mediante oficio 86-SC-DI-110 como Intendente de Compañías, de 1º de abril de 1986 en que afirma: "si el legislador hubiera querido que los menores, sin excepción, no gocen de capacidad para contratar la constitución de una compañía anónima, al establecer la prohibición de constituirla entre padres e hijos no emancipados, lo hubiera dicho en forma más apropiada, así: "ni entre padres e hijos menores de edad", y no como lo dijo: "ni entre padres e hijos no emancipados"... además, abunda en beneficio de mi tesis (sigue diciendo el Dr. Ortega Trujillo), la disposición contenida en el numeral 2º del artículo 34 del Código de Procedimiento Civil que dice: "No pueden comparecer en juicio ni como actores ni como demandados:... 2) el menor de edad y cuantos se hallaren bajo tutela o curaduría, a no ser que lo hagan por medio de su representante legal o para defender sus derechos provenientes de contratos que hayan celebrado válidamente sin intervención de representante legal"...

EN EL DERECHO PUBLICO:

En el Derecho Internacional Privado: En el Código Sánchez de Bustamante, el art. 69 dice que están sometidos a la ley personal del hijo la existencia y el alcance general de la patria potestad respecto de la persona y los bienes, así como de las causas de su extinción y recobro y la limitación por las nuevas nupcias del derecho de castigar.

En el Derecho Político y Constitucional: El Decreto Supremo N° 276 publicado en el R.O. N° 66 de 14 de abril de 1976, en el art. 10 de la Ley de Naturalización dice: "Los hijos del extranjero solicitante de la Carta de Naturalización podrán ser comprendidos en la solicitud de su padre y obtener que se les reconozca la nacionalidad ecuatoriana, siempre que fueren menores de edad y estuvieren bajo su patria potestad, sin perjuicio de su derecho de optar por su nacionalidad de origen de acuerdo con la Constitución Política de la República".

La Ley N° 11 de Documentos de Viaje, promulgada en el R.O. 132 de 20 de febrero de 1989, en el art. 7 dice: "Los menores de edad, para salir del país, requieren autorización escrita de la persona que ejerza la Patria Potestad o del respectivo tutor o curador. Esta autorización será otorgada ante autoridad judicial competente". Esta disposición está derogada por la Ley, y no se cumple la derogatoria.

En el Derecho Penal: En la Codificación del Código Penal, publicada en el R.O. 147 de 22 de enero de 1971, art. 515 dice que el mínimo de penas señaladas por los artículos precedentes será aumentado con dos años si los culpados son los ascendientes de la persona en quien ha sido cometido el atentado, o sus descendientes, hermanos o afines en la línea recta; debiendo, en su caso, ser condenados, además, a *la pérdida de la patria potestad...*

En el Derecho Laboral: El art. 135 del Código del Trabajo, publicado en la Codificación publicada en el R.O. 565 del 17 de noviembre de 1986, y que no ha sido derogada ni reformada por la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, Ley N° 133, publicada en el Sup. al R.O. 817 de 21 de noviembre de 1991, referente a la autorización necesaria para el trabajo de menores, inciso final dice: "El empleador está obligado a obtener del Tribunal de Menores la autorización escrita que le faculte ocupar los servicios del menor de 14 años y mayor de 12. Si no lo hiciere, quien repre-

sente al menor, cualquiera que fuere la edad de éste, podrá reclamar la remuneración íntegra que corresponda a un trabajador mayor de edad, por similares servicios, si la asignada hubiese sido inferior. El Tribunal de Menores llevará un Registro de tales autorizaciones y, bajo pena de destitución, remitirá a la Dirección de Empleo y Recursos Humanos, copia del acta correspondiente.

En el Derecho Administrativo: El Reglamento Interno de Administración Personal del MAG, R.O. 589 Ac. Ministerial 453 del MAG de 22 de diciembre de 1986 dice: Los servidores o sus cónyuges que por cargas familiares se beneficien de algún subsidio en instituciones del sector público podrán escoger la entidad que más les convenga, pero en ningún caso percibirán subsidios similares por la misma carga en dos Instituciones. En el caso de que ambos cónyuges laboren en el MAG tendrán derecho a beneficiarse con los subsidios el cónyuge que ejerza patria postestad.