

24. SG-A



# Universidad Nacional Autónoma de México

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS  
PROFESIONALES

“ ARAGON ”

## LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO NATURAL Y EN EL DERECHO POSITIVO

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

### T E S I S

Que para obtener el Título de:  
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

JOSE GERARDO FLORES ARROYO

San Juan de Aragón, Edo. de México, 1988.



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

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

El presente trabajo titulado " LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO NATURAL Y EN - EL DERECHO POSITIVO " fué concebido en uno de esos días de trabajo diario en nuestros Tribunales de Justicia, siendo exactamente aquél día en que un juzgado familiar, estando en espera de la entrega de unos documentos, un señor notoriamente - alterado y nervioso se me acercó y no pudiendo evitar más su angustia, me comentó sabe, francamente estoy desesperado e indignado, dentro de unos minutos el señor-juez va a decidir donde vivirán mis hijos, con mi esposa que fué la que se los -- llevó, o conmigo; ellos,(los hijos) me siguió informando, tienen apenas siete y nueve años respectivamente y ya saben lo que es andar en dificultades y a la ---- mejor no se dan cuenta que estamos jugando con su libertad y tranquilidad; ----- ¡ caray !, fijése, mis hijos se encontraban en plena etapa escolar y hasta ya se-habían familiarizado con sus amigos del vecindario; y que es lo que pasa ahora, - que nosotros los padres atentamos contra su normal desarrollo y, sólo los utiliza- mos como el último medio que tenemos a nuestro alcance para causarnos dolor y --- dañarlos terriblemente a ellos; créame, ya me he cansado de pelear con la gente,- de someterme a interrogatorios que no son más que recursos técnicos aplicados por los profesionistas de conocer de estos asuntos y aparte el criterio de un juez -- que dice conocer de mi caso; total, personas desconocidas a nosotros -se refería obviamente a su esposa y a él- y que finalmente van a decidir el futuro no sólo - de nuestras vidas, sino lo que es más tormentoso, la de mis hijos. En esos momen- tos fué llamado a comparecer a la audiencia en la que se iba a definir la situa- ción de marras.

Dicho comentario me llevó a entrar a una esfera de reflexión, ya no en cuanto a la situación de los padres contendientes, sino más bien en la posición en que - iban a quedar los hijos, ya que en momentos más o menos, cambiaría completamente- su modo de vida, en relación con las restricciones o condenas de pérdida o suspen- sión del ejercicio de la patria potestad a uno de sus progenitores o quizás hasta los dos. En mi reflexión trate de comprender porqué un derecho que nace ya impli- cito en nosotros, suele tener serias dificultades en su observancia.

En tales circunstancias albergué la inquietud de que bajo una modesta investi-

gación del tema pudiera conformar una explicación a las situaciones tan delicadas en que se expone la estabilidad de las relaciones de la patria potestad entre --- padres e hijos; así, como las causas que pudieren originar tal desequilibrio, de igual manera, las posibles soluciones a dicha problemática. Lo anterior dió lugar al exámen de los tópicos que al contenido del presente estudio conciernen y que - en cuatro capítulos trató de agrupar.

En el primer capítulo se hace indispensable remontarnos a los antecedentes --- históricos de la patria potestad en tres sistemas jurídicos, como son el derecho romano, el derecho germánico y el derecho español que la reglamentaron en forma - tal, que incluso en nuestro derecho positivo se llegan a observar algunas de esas formas de regulación; así como también la inclusión en dichos antecedentes de la doctrina Cristiana que simboliza cierta suavidad en las relaciones de la patria - potestad. En el mismo capítulo y a fin de tener un marco teórico donde descansen - nuestras observaciones, nos encargamos de mencionar algunos conceptos que sobre - la figura materia del presente estudio, hacen algunos tratadistas; asimismo anali zamos ciertas hipótesis normativas que pudieran arrojar una noción legal, resul tando una definición personal de lo que es la patria potestad. Por último, tenien do en cuenta que la figura estudiada está comprendida en primera instancia como - un derecho natural y en su regulación por el derecho positivo, obsequiamos los -- conceptos fundamentales que corresponden a tales derechos.

En un segundo capítulo contemplamos dos enfoques: uno antropológico, que trata la explicación científica de la existencia de la patria potestad a través de su - ciclo biológico y cultural de los sujetos involucrados; y el otro, de carácter -- sociológico, por medio del cuál ofrezcó una visión de los problemas sociales, --- económicos, morales y hasta políticos que influyen determinadamente en la marcha de las relaciones de los padres con su prole.

El tercer capítulo comprende a la patria potestad ya dentro del campo de aplicac ión del derecho positivo mexicano vigente, considerando una sistematización de dicha figura, adecuándola a la forma en que la ley le brinda su reconocimiento y - su regulación; así de esta forma, empezamos por mostrar el nacimiento, el conteni do, la finalidad, el ejercicio y la dinámica de la patria potestad, siendo en --- este último capítulo, el oportuno comentario de señalar las delicadas situaciones que se presentan, cuando el órgano jurisdiccional competente limita, suspende o - declara perdido el derecho del ejercicio de la patria potestad a algunos de los - cónyuges o a ambos.

En un último capítulo y de una manera enunciativa enumero al presente trabajo, algunas de la jurisprudencias y tesis relacionadas que constituyen precedentes -- dictadas por nuestro más Alto Tribunal en dicha materia. Asimismo, en el mencionado capítulo y por finalizar el estudio, hago hincapié de mecanismos que ante los juzgados familiares se tramitan en las distintas vías procedimentales previstas - en el Código de Procedimientos Civiles en vigor para el Distrito Federal y que de alguna manera tienen que ver con las diversas manifestaciones en los derechos y - obligaciones que derivan de la patria potestad, materia del presente trabajo.

# I N D I C E

	<u>Pag</u>
INTRODUCCION.	
<u>CAPITULO I</u> <u>MARCO TEORICO.</u>	
A.- ANTECEDENTES HISTORICOS.	
1.- En la Antigüedad.....	1
2.- En el Derecho Romano.....	6
3.- En el Derecho Germánico.....	15
4.- En el Cristianismo.....	17
5.- En el Derecho Español.....	21
B.- <u>MARCO CONCEPTUAL.</u>	
1.- Diversas definiciones.....	29
2.- Concepto legal .....	30
3.- Aceptación personal .....	32
C.- <u>CONCEPTOS FUNDAMENTALES SOBRE DERECHO.</u>	
<u>NATURAL Y DERECHO POSITIVO.</u> .....	36
<u>CAPITULO II</u> <u>LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO NATURAL.</u>	
A.- ENFOQUE ANTROPOLOGICO .....	42
B.- ENFOQUE SOCIOLOGICO .....	47
<u>CAPITULO III</u> <u>LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO</u>	
A.- PRINCIPIOS GENERALES .....	77
B.- ORDENAMIENTOS LEGALES BASICOS .....	79
C.- ASPECTOS ESENCIALES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO POSITIVO .....	85

1.- Los sujetos de la patria potestad .....	85
2.- La materia de la patria potestad .....	99
3.- Los fines de la patria potestad .....	109
4.- Los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad .....	113
5.- La dinámica de la patria potestad .....	136

CAPITULO IV    LA PATRIA POTESTAD EN LA PRACTICA FORENSE.

A.- PRACTICA JUDICIAL .....	169
B.- MECANISMOS Y DOCUMENTACION PROCESAL .....	178

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

## A. ANTECEDENTES HISTORICOS.

### 1.- EN LA ANTIGUEDAD.

Es en el doctrinario germano suizo Bachofen, autor original de DAS MUTERRECHT, - en quién debemos apoyarnos para obtener una referencia de la patria potestad en la antigüedad, ya que el mencionado autor fundándose en ciertos párrafos de ---- Herodoto, sostuvo la preexistencia del matriarcado respecto al patriarcado y de la promiscuidad (AGAMIA) con relación al primero; pues basándose en tales apre-- ciaciones observa la organización de los pueblos salvajes de nuestro tiempo, en donde sistemáticamente se da la evolución de la familia y, por tanto, de la ---- patria potestad, en el siguiente orden:

- a) Promiscuidad absoluta
- b) Familia consanguínea.
- c) Familia exogámica.
- d) Familia sindiásmica.
- e) Familia poliándrica.
- f) Familia matriarcal.
- g) Familia patriarcal poligámica.
- h) Familia patriarcal monogámica.
- i) Familia monogámica.

#### a) PROMISCUIDAD ABSOLUTA.

La palabra "PROMISCUIDAD" quiere decir, confusión, mezcla; es -- decir, en este estado se supone que un hombre sostenía relaciones sexuales con -- varias mujeres y viceversa; considerando que el régimen era el mismo que el de -- los animales. El fundamento en que se basan los pensadores que sostienen esta -- corriente es el de las investigaciones históricas primitivas, debido a la poca -- evolución o atraso del ser humano. Los integrantes de la horda primitiva satisfacían sus naturales instintos de supervivencia y procreación en forma tan espontá -- nea e inocente como los demás seres irracionales que poblaban la tierra, pues --

hay que recordar que antes de que existiera ninguna organización social, el huma no convivía gregariamente con los de su especie a semejanza de los demás componentes del reino animal.

Aquéllos promiscuos que vivían en los árboles o en las cuevas, que se alimentaban de frutos y raíces silvestres y que seguían su instinto de conservación y de reproducción tal como lo hacen actualmente los primates que aún viven en --- libertad, actuaban precisamente por instinto: la madre cuidaba de los hijos, --- como si se tratara de cachorros, cuidando y siguiendo su vida propia, hasta que estuvieran aptos para salvaguardar su integridad física, así como para perpe--- tuar su especie. Lo anterior nos muestra, aunque sea tenuamente, una forma de -- ejercer la patria potestad de la madre respecto de los hijos, partiendo del instinto, si quedar configurada una forma estricta de la familia.

#### b) FAMILIA CONSANGUINEA.

En segundo término, como consecuencia del punto anterior, tenemos el de la -- familia consanguínea, respecto de la cual sabemos que se trata de una promiscuidad que ha tenido cierta evolución; en efecto, en dicha etapa existía ya una --- prohibición de cópula entre ascendientes y descendientes, subsistiendo la promiscuidad entre hermanos. Las causas que ponían de manifiesto estas relaciones eran de seres atacados de procesos degenerativos, debido a un hacinamiento atropellado, pudiendo tener otra etiología determinada casi siempre por la insatisfacción sexual al no tener mujer o bien al cansarse de la mujer propia..

#### c) FAMILIA EXOGAMICA.

Siguiendo la evolución de la familia, tenemos que surge después de las dos -- antes mencionadas, la familia punalúa (relación entre hermanos íntimos), la rela que tiene dos importantes y específicas características. A saber: la prohibición de cópula entre hermanos y hermanas y el matrimonio conjunto entre varios hom--- bres con varias mujeres, sin que exista entre éstos parentesco alguno. Esto es -- en esencia, el fundamento del matrimonio exogámico; entendiéndose por EXOGAMIA, -- "la rigurosa abstención de lo sexual entre parientes muy próximos". Lo anterior es, indudablemente, el máximo y universal principio ético y jurídico que en mate ría sexual regula la comunidad humana, su violación es contemplada unánimemente como el más vergonzoso agravio que puede sufrir la familia en su Organización y

orden (1).

En ésta etapa queda prohibido, pues, el matrimonio entre parientes consanguíneos. La contravención a las disposiciones de la familia exogámica en el sentido de la prohibición de la relación entre parientes consanguíneos, constituye un -- repudio total del derecho canónico desde que este ordenamiento existe, en todo tiempo y lugar. Ahora bien, al referirse a esa relación en las sociedades primitivas, en donde el horror del incesto en tales sociedades supone la anterior --- práctica frecuente de la relación sexual dentro de la cercanía familiar, llega a establecer su definitiva prohibición a través de la censura colectiva, manifiesta da a través de las concepciones míticas del TOTEMISMO. En la tribu, el "totem" - es el símbolo mítico del ascendiente común, siendo tabú no sólo mancharlo o ---- herirlo, sino toda relación erótica entre los miembros que pertenecían al mismo-clan o grupo familiar totémico. El totem no se transmitía sino por línea materna así los miembros de un único y mismo totem debían entrar en relaciones sexuales, y por tanto, les estaba prohibido casarse entre sí. En base a tal creencia se -- daba un aspecto ético que caracterizaba a la familia punalúa, en donde existía la prohibición de cohabitar entre hermanos y hermanas uterinos; posteriormente ---- entre hermanos de cualquier origen, medios hermanos y aún entre primos.

En la segunda etapa característica de éste tipo de familia, tenemos al matrimonio por grupos, identificándose aquél en el que es formado a través de la ---- unión sexual precisamente por varias personas, observándose cierta restricción a la relación libre, principalmente respecto a un grupo de hermanas que comparten maridos comunes o un grupo de hermanos con mujeres compartidas, estableciéndose un lazo más estrecho entre la madre y el hijo propio de ella. La autora Montero-Duahlt, destaca una peculiar observación, al señalar que debido a los especiales parentescos matrilineales encontrados en la Polinesia, todos los hijos de un --- grupo de mujeres son hermanos entre sí; los hombres a su vez llaman hijos a los-hijos de sus hermanas y sobrinos a los hijos de sus hermanos. (2)

#### d) FAMILIA SINDIASMICA.

Esta familia estaba formada por matrimonios entre parejas, pero sin cohabitar exclusivamente. En esta etapa empieza a darse una personal selección de parejas-

(1) González Blanco Alberto, Delitos Sexuales, p.182 Ed.Porrúa, S.A., México, 1979

(2) Montero Duahlt Sara, Derecho de Familia, p. 4 Ed. Porrúa, S.A., México, 1965.

de manera temporal, en cuyo grupo de maridos y mujeres, primitivamente era común que un hombre y una mujer se escogieran y mantuvieron relaciones exclusivas ---- entre sí en forma más o menos permanente. Esta permanencia se establecía sobre todo en función de la procreación; esto es, hasta que el hijo naciera o dejara la alimentación materna; hasta entonces el hombre permanecía al lado de la mujer proveyendo en común a la protección del crío. La restricción de exclusividad era sobre todo para la mujer, pudiendo el hombre con frecuencia relacionarse con --- varias mujeres. Estas uniones se deshacen voluntariamente sin mayores problemas.

#### e) FAMILIA POLIANDRICA.

En esta familia una mujer se unía con varios hombres y se da este tipo de --- unión en atención y por razones de carácter económico, como era la escasez de -- satisfactores y el crecimiento de la población. Las personas primitivas planteaban la necesidad de solucionar ese tipo de problemas, en la forma siguiente: la necesidad de la mayor fuerza de trabajo dentro de un núcleo familiar estaba simbolizado por el hombre, y para asegurar tal situación, se permitía la admisión - de dos o más hombres compartiendo una sola mujer, garantizando de esta manera -- que esta no quedara estéril; por otra parte, al nacimiento de una o varias ---- niñas se autorizaba la muerte de ellas; es decir, se "legalizaba" el infanticidio en esa etapa de tal manera que en cierto momento habían más hombres que ---- mujeres en el grupo.

La poliandria es el tipo de familia que conduciría a la figura del matriarcado, en donde la mujer ejerce la autoridad y fija los derechos y obligaciones de los distintos miembros, sobre todo de los descendientes. Estos supuestos se ---- daban en razón de que en las organizaciones primitivas se observa que la madre - es siempre conocida con relación al hijo, en tanto que el padre resulta desconocido para él.(3)

#### f) FAMILIA MATRIARCAL.

Como mencionábamos en la etapa anterior, esta forma de organización familiar, en la que la MADRE, por ser el progenitor individualmente conocido, es el centro de la familia. Ella ejerce la autoridad en el grupo y la descendencia y los derechos se determinan por línea materna. El autor alemán Krisch dice que el matriar

(3) Engels Federico, El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, p. 46, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

cado nace en algunos pueblos debido a la traslación que sufrieron algunas personas antiguas de la inestabilidad de ser nómadas y al convertirse en sedentarios; esto es, la mujer desarrolló su habilidad como recolectora de frutos en estrecho contacto con la tierra y sus productos; y esto, aunado a progresos tales como el tejido y la alfarería, arrebataron poco a poco el predominio económico al hombre colocando a la mujer como elemento productor en la preponderancia económica.

#### g) FAMILIA PATRIARCAL POLIGAMICA (POLIGENIA).

En éste tipo de familia, varias mujeres son esposas comunes de un sólo hombre. Entre las causas que dieron lugar a este tipo de relación, están entre otras, la reducción del número de varones adultos frente al de las mujeres, debido al desempeño del primero en actividades peligrosas como la guerra, la caza y la tolerancia sexual promiscua del varón; por lo que en éste tipo de relación destaca el predominio del poder masculino. Formas específicas de la poligenia se encuentran en el hermanazgo, el levirato y el sororato (4). La primera consiste en el derecho de contraer matrimonio con las hermanas menores de la primera esposa; la segunda se daba prácticamente cuando un hombre tenía el deber de casarse con la viuda de su hermano y la tercera forma consistía, en el derecho del marido de casarse con la hermana de su mujer, cuando ésta era estéril. Tal figura de familia predominó en casi todos los pueblos de la antigüedad, incluso en nuestros tiempos, subsiste aún en sociedades como la de los mormones.

#### h) FAMILIA PATRIARCAL MONOGAMICO.

Diremos que este tipo de familia, no es sólo un antecedente de la familia contemporánea, sino su modelo, pues en la actual forma de familia destaca el robusto poder del padre sobre los demás miembros de la familia, aunque identificándolo con una sólo esposa y con la descendencia de ellos dos. Fustel De Coulanges asegura "que dicha autoridad paterna no era un poder arbitrario, como sería el que se derivará del derecho del más fuerte, sino que de conformidad con un principio de creencias, asimilaba y enfrentaba diversas obligaciones, que de acuerdo con la influencia del Cristianismo y en sí del concepto divino, la

---

(4) Levi Strauss, Las Estructuras Elementales de Parentesco, Ed. Paidós, Arg. 1969  
citado en los cuadernos de trabajo del Instituto Nacional de Antropología e Historia, Mex., 1986.

misión trascendental del padre se expresa bellamente en la obligación de los --- padres de proteger e incluso de amar a los hijos" (5). La evolución de éste sistema lo encontramos aunque con profundas características en la cultura Romana,-- con gran influencia del Cristianismo, temas a los que habremos de dedicarles un apartado.

#### 1) FAMILIA MONOGAMICA.

La última etapa en la evolución de la familia, es la que actualmente existe y rige en nuestra civilización actual. Este tipo de familia admite la exclusividad entre el hombre y la mujer, de tal suerte que éstos están unidos por único vínculo que excluye a otros individuos de la misma especie.

#### 2.- EN EL DERECHO ROMANO.

El maestro universitario Floris Margadant dice que "la patria potestad junto --- con la figura del matrimonio y de la tutela y curatela forman la atención principal del derecho familiar romano" (6), destacando en un primer estudio los dos - sistemas de parentesco que predominaban en la sociedad romana. Uno de ellos es - al que se conoce como sistema AGNATICIO, fundado principalmente sobre la autoridad paterna; y el otro, más evolucionado, que es el moderno, que no es ni ----- matriarcal ni agnaticio, sino COGNATICIO, que es el que reconoce el parentesco, - tanto por línea materna como paterna. Ello dió lugar a la familia mixta, esto es al parentesco natural o de la sangre que fué aceptado desde Justiniano, época en la que el praetor le reconoció plenos derechos, oponiéndolo al parentesco civil, o sea el agnaticio, al que nos referiremos primeramente.

Es precisamente al sistema agnaticio al que dedicaremos el estudio de la ---- patria potestad en forma por demás amplia en el presente título, pues recordando nuestras clases de derecho romano en que se enfocaba el gran interés que revestía el hablar del "paterfamilias", rector de la familia romana, que como ya ---- decíamos en el antecedente anterior era el varón que ilustraba la etapa del patriarcado monogámico.

---

(5) Fustel D' Coulanges, La Ciudad Antigua, trad., Petit J., p. 104 y ss. Ed. Plus-Ultra, Madrid

(6) Floris Margadant S. Guillermo, Derecho Romano, p. 194, Ed. Esfinge S.A., Méx. 1978

De igual manera habrá que recordarse que en Roma existía una confederación de gentes (GENS), formadas por distintas domus de monarquías domésticas en cuyo centro principal, estaba precisamente el "paterfamilias". Este término, atendiendo a las diversas acepciones que se han dado en las distintas lenguas existentes en el mundo, se le designa con la idea del poder que el padre ejerce en la familia; por consecuencia, la palabra que en un principio se le asociaba a la idea de --- paternidad, se traducía finalmente en la concepción de la idea de poder y autor*id*dad.

El derecho romano definía al paterfamilias como "aquél varón sui iuris, cualquiera que fuera su edad" y este vocablo denota que puede ser titular de un patrimonio y que tiene o puede tener a otras personas bajo su autoridad o potestad por lo que en última instancia, es el que tiene el señorío en su casa.

Del anterior concepto se desprende claramente que en esa dómus, el paterfamilias, es el dueño de los bienes, señor de los esclavos (titular de los iura ---- patronatus sobre los libertos), patrón de los clientes; quien ejerce la patria - potestad sobre los hijos y nietos, pudiendo emancipar a sus hijos y darlos en -- adopción; mediante la manus poseía un amplio poder sobre la propia esposa y las - nueras casadas cum manu; también mediante la adrogatio y la adopción podía hacer ingresar a extraños en su familia; es el sacerdote de la religión de su lugar, - es juez dentro de las domus, pudiendo imponer la pena de muerte a sus súbditos, - ejerciendo el terrible "ius vitae necisque". Con todas estas atribuciones, podemos afirmar que toda la familia romana estaba organizada en beneficio del paterfamilias, sin tomar en cuenta el interés de las demás personas sujetas a su auto*ri*dad.

Justiniano en sus Instituciones decía: "El derecho de potestas que tenemos -- sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos, porque no hay otros -- pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos, -- bajo nuestra potestad se hallán nuestros hijos a quienes procreamos en justas--- nupcias". Ya decíamos líneas arriba que en ésta etapa la potestad estaba organizada en interés del padre y que por ello no podía extenderse a ninguna mujer, ni a la madre ni a ningún varón ascendiente de ésta.

Por lo anteriormente relatado, consideramos que respecto al parentesco, éste se determinaba en forma patrilineal; a consecuencia de ello, cada persona tiene solamente dos abuelos, los paternos; dos hermanos uterinos no son hermanos, en - cambio, los hermanos consanguíneos no se distinguen jurídicamente de los herma-- nos por ambas líneas.

Tomando en cuenta las atribuciones que tenía el paterfamilias, según hemos -- mencionado anteriormente, es menester estudiar dichas facultades resaltando las más importantes para nuestro trabajo de investigación.

#### EFFECTOS PATRIMONIALES DERIVADOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Por ser el paterfamilias la única persona verdadera dentro de la familia, --- originalmente el hijo no podía ser titular de derechos propios; todo lo que adquirían entraba a formar parte del patrimonio del paterfamilias. Los esclavos, - los hijos, la esposa o nuera in manu adquieren bienes o derechos sólo para el patrimonio del paterfamilias y en caso de haber obtenido algunos, sólo se pudo --- apreciar en dos épocas diferentes a saber: la primera, bajo el Imperio de Augusto, en que se permitía que el hijo fuera propietario de un peculio castrense --- ganado por su actividad militar; y la segunda, con Constantino, en la cuál se -- añade al privilegio antes mencionado, un derecho análogo, consistente en un pecullo cuasicastrense, que era obtenido por el ejercicio de alguna función pública- eclesiástica.

Ahora bien, bajo el Imperio del Emperador Constantino, destaca otra peculiarididad por demás importante, en que el citado Emperador, concedía al filius familias la propiedad de los bienes adquiridos por la sucesión de su madre y de sus abuelos (bona adventicia). Aquí hay que recordar lo mencionado por el maestro Floris Margadant en su obra de derecho romano, en el sentido de que "el padre podía --- figurar en los actos jurídicos celebrados por sus súbditos, obligándose civilmente, tanto por sus contratos como por sus delitos; en éste último caso creaban el deber de indemnizar a la víctima o a su familia, deber al que puede sustraerse - mediante el abandono noxal..." (7) . Pero volviendo, al punto sucesorio de los - filius familias, en el caso de testamento, se le permitía al monarca doméstico - la designación de sucesor.

En tiempos de Justiniano sólo los bona adventicia quedaban bajo la administración del paterfamilias, quién goza, respecto de ellos, de una especie de usufructo; sin embargo, el donante o el de cujus, del cuál estos bienes se habían obtenido, podían haber dispuesto que quedarán exentos de estas facultades paternas a las cuáles el padre mismo podía también renunciar en beneficio del hijo (supresión de la incapacidad patrimonial de los alieni iuris). Precisamente no habrá - de desaprovecharse la oportunidad de dejar bien apuntado acerca del usufructo --

(7) Floris Margadant G. Op. citada, p.197

legal en el derecho romano, en el cual el padre no tenía la obligación de garantizar su manejo. Actualmente se ha reducido a la mitad el usufructo legal del -- padre respecto de los bienes del hijo. La diferencia de lo anteriormente dicho, -- consiste fundamentalmente en el tiempo, ya que la administración y el usufructo en el derecho romano duraban normalmente toda la vida del paterfamilias, mien -- tras que en nuestro actual derecho, termina normalmente cuando el hijo llega a -- la mayoría de edad.

Por último, en el matrimonio romano, respecto del patrimonio de los consortes no se produce modificación alguna en la distribución de cosas o personas entre -- las diversas monarquías domésticas; el padre conserva la patria potestad sobre -- su hija casada con otro romano y por consecuencia, respecto a su patrimonio. En -- cuanto a la mujer sui iuris que celebra un matrimonio simple, sine manu, conser -- va ésta el poder sobre sus propios bienes.

FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD

La principal fuente de la patria potestad paterna son las "iustae nuptiae", -- pero cuando de ellas no nacen varones que perpetúen la descendencia, el antiguo -- derecho romano permitía la adrogación y posteriormente la adopción y más tarde -- la legitimación (8). Por tal razón, resulta importante para este estudio el aná -- lisis de cada una de las instituciones me-ncionadas, como fuentes del derecho -- al ejercicio de la patria potestad, de las cuáles habremos de ocuparnos, aunqu -- sea en forma breve, en los apartados siguientes.

MATRIMONIO ROMANO.

Según Modestino, la definición de matrimonio es la siguiente: "NUPTIAE SUNT -- CONIUNCTIO MARIS ET FEMINAE CONSORTIUM OMNIS VITAE, DIVINI ET HUMANI IURIS ----- -- COMMUNICATIO". Su debida traducción quedaría así: "LA UNION DEL HOMBRE Y DE LA -- MUJER, IMPLICANDO IGUALDAD DE CONDICION Y COMUNIDAD DE DERECHOS DIVINOS Y HUMA -- NOS". Resulta necesario analizar la evolución de la mencionada figura, antes de -- llegar a tan satisfactoria definición. Así tenemos que, antiguamente, la manus -- acompañaba casi siempre a la mujer al matrimonio para que esta pudiera entrar a -- la familia civil del marido; esto es, caer bajo su potestad y ocupar con respec -- to a él, un lugar de una hija, participar en su culto privado y poder heredarlo-

---

(8) Bravo González Raúl, Primer Curso de Derecho Romano, p. 154 Ed. Pax. Méx. 1979.

como "heres sua". La manu se constituía por la confarretio, reservada exclusivamente para los patricios o nobles; tal modalidad era una ceremonia en la que intervenía el gran pontífice o el flamen de Júpiter, en la cuál la mujer sostenía en la mano un pan de trigo (farreum, que era la palabra que generaba el nombre de la constitución de la manus) símbolo religioso de su asociación a la sacra -- privada y a la vida del marido. La siguiente forma, es la coemptio que era la -- venta de la mujer al marido, hecha por el paterfamilias, si la mujer es alieni-- iuris o autorizada por el tutor si es sui iuris. Por último, se contemplaba una tercera manera que era mediante el usus, o sea, la posesión del marido sobre la mujer, durante un año, dándole a aquél sobre ésta, la manus. En otras palabras, la esposa, por el hecho de convivir ininterrumpidamente con su marido durante el último año, cambia su nacionalidad doméstica; pero tal figura no opera por el -- mero transcurso del tiempo, sino que necesita para dicho cambio, de la condición jurídica de la mujer. A mayor abundamiento y para ilustrar dicha figura, citaremos un discurso de Cicerón, que dice: "Si la esposa no deseaba estar bajo el --- poder del marido, solía participar en las fiestas religiosas de su antigua domus para demostrar que seguía sujeta a ésta; de ahí, que la ausencia de la esposa -- durante tres días del hogar conyugal fué considerada como un indicio de que el - matrimonio había sido celebrado sine manu." (9). Una vez que la esposa había entrado en alguna domus distinta a la original, el nuevo paterfamilias, suegro o - marido, tenía un poder sobre ella análogo al que tenía sobre sus hijos. Mediante la conventio in manu, la esposa entraba en la nueva familia "loco filiae", es -- decir, en el lugar que correspondía a una hija; así en el ius civile, la esposa-cum manu era tratada en relación con varias materias, por ejemplo, en los jui--- cios sucesorios como si fuera hija de su propio cónyuge.

Por último, en el caso de matrimonio, habrá que recordar claramente si la --- esposa entraba en la monarquía doméstica del marido (cum manu) o si continuaba - siendo miembro de la DOMUS paterna.

Con lo anterior desembocamos a la época clásica del Derecho Romano, representada jurídicamente en forma brillante, entre otros, por el Jurisconsulto Modesti no quién en forma acertada nos obsequia la definición citada al principio de --- éste punto.

---

(9) Cicerón, Discursos, Grolier Internac., Ed. Cumbre, México, 1981.

## ADOPCION Y ADOGACION.

La adopción en el Derecho Romano era considerada, según Petit como "un acto -solemne, por el cuál un ciudadano romano cae bajo la potestad de otro ciudadano, estableciéndose entre ellos artificialmente las mismas relaciones civiles que --hubieran de la procreación ex iustis nuptis" (10). En Roma, la adopción se presenta en beneficio de la familia, ya que, no hay que olvidar que la familia ---civil sólo se desarrollaba por los varones, por lo que si en alguna situación se diera que alguna familia antigua estuviera a punto de extinguirse, para evitarlo se acudía a la adopción y por ésta el hombre perpetúa su nombre, su familia y su culto privado, siendo para el romano más ventajoso tener herederos sui que herederos extranei. Es oportuno señalar que la adopción propiamente dicha se refiere a los alieni iuris, ya que respecto a los sui iuris, opera la figura de la adrogación. Se observa en la adrogación, que el adrogado cae bajo la potestad del adrogante con el mismo título que un descendiente nacido ex iustis nuptis; también pasa a la nueva familia sus descendientes y todos ellos pierden los derechos de agnación inherentes a su antigua familia, tomando el nombre de la familia del adrogante. Los bienes del adrogado pasan a poder del adrogante y con posterioridad a Justiniano también el usufructo de ellos, quedando la nuda propiedad para el ---adrogado. En la adrogación sólo se pretendía la creación de la patria potestad.

Pero volviendo con la adopción, tenemos que ésta daba lugar a dos efectos ---jurídicos fundamentales:

- 1.- La extinción de la patria potestad respecto del padre natural; y,
- 2.- La creación de una nueva potestad.

Según la Ley de las Doce Tablas, en la marcada con el número IV, se habla sobre la potestad paterna. Dice que "el padre pierde definitivamente su potestad, cuando ha emancipado tres veces a su hijo; por tanto, para la adopción, se tendría que romper primero su patria potestad y esta ruptura se lograba de la manera siguiente: en un primer momento, el paterfamilias biológico emancipaba a su hijo al adoptante o bien a un tercero; a su vez el adquirente lo manumite y el hijo recae de pleno derecho bajo la potestad de su padre; en un segundo momento, se presenta una nueva emancipación y también una nueva manumisión con el mismo resultado; y en un último momento, el padre hace una tercera emancipación, con la salvedad de que el adquirente en vez de responder con una manumisión más, ---esto es, que volvería al hijo sui iuris, lo remancipaba al padre y en adelante la potestad del padre natural se extinguía y el reemplazo por aquélla potestad tomaba el nombre de mancipium, terminando así: el padre natural, el adoptado y

(10) Petit Eugenio, Derecho Romano, Trad. José Ferrández, Ed. Epoca, Madrid 1957.

el adoptante, se presentaban ante el Magistrado y éste último afirmaba el hijo - que presentaba era suyo; por su parte el padre al ser interrogado callaba y el - Magistrado por la addictio, confirmaba la pretensión del adoptante. Se dice que esta adopción tenía el carácter de "imperio magistratus" y se manifestaba aplicando la *in iure cessio*.

En la época de Justiniano las cosas eran más sencillas, bastaba que el padre-natural declarara su voluntad ante el Magistrado en presencia del adoptante y -- del adoptado y que se hiciera constar en acta pública ese acontecimiento para -- que la adopción fuera consumada.

Respecto del adoptado no se requería su consentimiento, bastaba con que no se opusiera a la adopción, pues seguiría siendo *alieni iuris*; tan sólo cambiaba de familia y tomaba el nombre del adoptante perdiendo su parentesco de agnación con su anterior familia pero conservando con ella su calidad de cognado.

En cuanto a los requisitos que debía tener el adrogante y el adoptante tenemos en primer lugar que la edad del adrogante era de sesenta años cumplidos, --- edad a partir de la cuál, las leyes caducarias consideraban que el hombre ha perdido la aptitud para la reproducción, que no puede procrear hijos nacidos ex --- iustis nuptis, ni hijos de una precedente adrogación. Por su parte, el adoptante debe ser mayor que el adoptado, por lo menos con dieciocho años; esto como una - consecuencia de la regla *adoptio imitatur naturam*.

Ahora bien, como regla general para ambas figuras, era necesario tener la --- capacidad para obtener la patria potestad, de donde se colige que serán incapaces para darse en ellos esas figuras, los esclavos, los hijos de familia y las - mujeres, aunque en tiempos de Dioclesiano permitió que una madre pudiera adoptar en virtud de haber perdido a sus hijos.

#### LA LEGITIMACION.

Para el estudio de la legitimación, habrá de recordar, aunque sea en forma -- enunciativa, lo que es la filiación. Esta figura está considerada como el lazo - natural de unión de un infante con sus autores, tomando en cuenta la naturaleza de que se tome o resulte, ya que la filiación para producir cualquier efecto --- debe ser legalmente cierta y en la que hay que destacar que tal certidumbre existe siempre con respecto a la madre, ya que el alumbramiento es un hecho fácil de constatar. En cuanto a la paternidad es naturalmente incierta, según los principios romanos, excepcionándose tal regla con la institución del matrimonio, que - viene a suministrar en el infante un status social privilegiado.

Precisamente en nuestro Derecho Mexicano actual, se puede observar los razgos que surgieron en el Derecho Romano, ya que para probar efectivamente la filiación, deberían ocurrir las siguientes situaciones: Qué la mujer haya cohabitado con su marido y no con otro. Los romanos presumieron la paternidad del marido a través del "pater is est quem nuptiae demostrant", para saber si la mujer concibió durante el matrimonio y los jurisconsultos determinaron los límites extremos de la duración del embarazo en base a los estudios de los médicos griegos, ---- quiénes determinaron los límites antes mencionados de la duración del embarazo - entre los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio o -- dentro de los trescientos días siguientes a la disolución de los "iustae nuptiae". En virtud de lo anterior, la filiación legítima solía producir de pleno derecho, los siguientes efectos jurídicos:

- a.- Lugar a la agnación o parentesco civil.
- b.- Obligación recíproca de darse alimentos, comprendiendo, desde luego, el beneficio de la educación para el hijo.
- c.- Respeto a sus ascendientes por parte del menor.
- d.- Transmisión del padre, respecto de sus hijos, la calidad de ciudadano romano y su condición social.

Ahora bien, respecto a la legitimación, ésta puede conceptuarse sencillamente cuando se presupone una relación natural de padre a hijo; sin embargo, excluye la idea de una potestad adquirida por efecto del nacimiento. En el Derecho Romano constituye la legitimación, respecto del padre, una manera de obtener la potestad paterna sobre sus hijos que han nacido "sui iuris". Por tanto, a la madre no le corresponde ningún derecho civil por no ser titular de la patria potestad. La legitimación podía darse en las siguientes formas:

1.- En la época clásica, los hijos nacidos de un matrimonio del derecho de -- gentes, cae bajo la potestad paterna, y mediante ésta, la *causae probatio* y el Emperador podían dar la ciudadanía tanto a un peregrino como a su familia.

2.- La "rescripto" del Emperador era el reconocimiento de éste, en los casos en que el matrimonio entre los padres no era realizable o aconsejable; en esos supuestos, el Emperador autorizaba la legitimación solo en caso de ausencia de hijos legítimos.

3.- El "erroris causae probatio" en la legitimación se da cuando los cónyuges creen tener el *connubium*; varios senadoconsultos decidieron que la prueba del -- error hecha después del nacimiento de un hijo implicaba la conversión de esa --- unión en *iustae nuptiae*, lo que daba al padre por esa razón la patria potestad - sobre su hijo.

4.- Durante el Imperio, la legitimación fué instituida en favor de los hijos-nacidos del concubinato, pues el ya entonces surgido Cristianismo, lo consideró como un desorden legal y una mancillación para los hijos. Desde entonces se consideró equitativo que el padre pudiera lavar esa mancha reparando su propia falta.

5.- La legitimatio oblatio a la curia, hacía al padre responsable de que su hijo aceptará la desagradable y arriesgada función de "decurión"; esto es, consejero municipal, quién respondía con su propia FORTUNA del resultado de los cobros fiscales decretados por el entonces exigente Bajo Imperio. En estas condiciones el padre debía separar de su patrimonio inmuebles por cierta cantidad para garantizar la gestión de su hijo en la curia; pues el hijo se encargaba de la recaudación de impuestos muchas veces con escaso éxito.

#### EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.

##### A) POR ACONTECIMIENTOS FORTUITOS.

1.- Una causa, era la muerte del paterfamilias, en cuyo caso, los sujetos que estaban sometidos directamente a él se convertían en sui iuris;

2.- Otra, la pérdida de la ciudadanía del padre;

3.- También lo era la reducción a la esclavitud del padre, lo que daba lugar a que la condición de los hijos estuviera en suspenso y no se fijaba de manera definitiva, hasta el regreso o la muerte del pater. Si volvía por el "ius postlimini", se consideraba que la potestad no había dejado de existir; si por el contrario moría a manos del enemigo, se presentaba la situación de que los hijos -- eran sui iuris, desde el momento de la cautividad;

4.- Era motivo de extinción también, la elevación del hijo a ciertas dignidades, tanto religiosas como políticas;

5.- Asimismo lo era la caída en esclavitud del hijo; y,

6.- La hija por caer in manu, generaba tal extinción.

##### B) POR ACTOS SOLEMNES.

1.- La patria potestad se extinguía porque un ascendiente entregaba en adopción al hijo de su hijo; esta era la forma de extinguir la potestad del padre.

2.- La emancipación fué otra forma de extinción y consistía en la combinación

de la manumisión vindicta y de la emancipación. Sus efectos consistían en que el emancipado se convertía en sui iuris, conservando siempre sus derechos anexos a la cognación, aunque no los de agnación. En esta según el praetor le conservaba al hijo los derechos de sucesión con relación al padre y a los ascendientes ---- paternos. Si se le dejaba manejar el peculio de su descendiente, se le tenía --- como de su propiedad (teoría clásica de la emancipación).

### 3.- EN EL DERECHO GERMANICO.

En la sociedad Germánica, el matrimonio se le consideró como una "institución -- sagrada, verdadera y base única del derecho familiar (severa illi matrimonio -- nel ullam morum partem magis cadaveris- TACITO-GERM. XVIII) (11); reconociéndosele tales derechos a los hijos que nacieran de legítimo matrimonio. El hogar -- conyugal lo conformaba el padre, la madre y los hijos (SIBBE SIPSCHAFT), esto es la familia en su más alta significación. En un principio la familia se estructuraba con la reunión de cada procedente de dos francos y cuyos miembros vivos se hallaban entre sí en determinadas relaciones jurídicas, por la posición de sus - respectivos jefes unidos a un tronco común.

Con los anteriores antecedentes, entremos al estudio de la potestad del padre en el derecho Germánico. La patria potestad en este sistema, se le conoce con el nombre de MUNT que en su significado etimológico se traduce "en un derecho y en un deber de protección". Fué un término aparentemente más evolucionado que el -- utilizado por el concepto de paterfamilias, en el Derecho Romano.

Ahora bien, aunque efectivamente la figura de MUNT era traducida a la concepción de un sentido de "DEBER O DE PROTECCION", en el entendimiento de atender -- más a la naturaleza de las cosas y al deber que incumbe a los dos cónyuges, esto es, a la educación y dirección de sus hijos, no deja de tener rasgos que se ---- hallaban en la sociedad romana, ya que en la sociedad germánica subsiste el ---- poder del padre sobre la persona del hijo, teniendo sobre éste, derechos como el de exponerlo inmediatamente después del nacimiento. Incluso en éste renglón, se era tan rígido, que había que ver que el padre que no habiendo recibido en sus - brazos al hijo recién nacido, podía rechazarlo y aún condenarlo a morir sin in--tervención de la ley. Había otro tipo de situación también observada como delicada

---

(11) Código Civil Alemán (BGB), Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff, Traduc. Carlos Melón Infante, Ed. Bosch., Barcelona, 1955.

do y consistía en que el padre poseía otras facultades contrarias a lo justo y - obvio, como era el de castigar a su arbitrio al menor hijo, el de venderlo, aunque en este supuesto se contemplaba la posibilidad de que podía ser por causa de necesidad o por pena (WEDER IN DENT TOT, NOCH IN DIE HEIDENSCHAFT NOCH IN DEHEIN HURHAUS). También se podía disponer del matrimonio del hijo, eligiendo su religión; el de representarlo en juicio; aún más, los padres tenían sobre sus hijos - un derecho de corrección y coacción hasta el extremo que la ley les autoriza, si así fuere necesario, reclamar el auxilio de la fuerza pública. Para ilustrar un poco más lo anteriormente dicho, mencionaremos que en el Código Soleure existía una disposición especial en la cuál, cierta autoridad llamada "Bayle Superior", - podía detener a los hijos a petición del padre por un plazo que no excediera de cuatro meses y además prohibía por dos años la visita a lugares como tabernas o casas de bebidas. Sobre el mismo caso, el Código de Zurich facultaba a los padres para buscar a un hijo escapado de casa o bien para ejercer su poder disciplinario u obtener obediencia debida con el apoyo oficial; esto es, a través de la autoridad gubernativa; a la concesión de tal facultad, debía estarse a los límites razonables y previo exámen por la citada autoridad, de las circunstancias -- que hubieren dado lugar a dicha reclamación.

En cuanto al aspecto patrimonial, o sea, a los bienes de los hijos, se les -- reconocía a éstos capacidad patrimonial; pero el padre como señor del MUNT sobre el hijo, también tenía la potestad sobre el patrimonio de éste, tomando dicho -- patrimonio en su "GEWERE", o sea en administración y aprovechamiento. La principal obligación del padre, al salir el hijo de la potestad del mismo, consistía - en entregarle sus bienes y darle cuentas de las rentas y frutos, aunque hubiera -- terminado su derecho de usufructo antes de cesar en la administración.

En tiempos más antiguos, era tradicional que el padre estuviera legalmente -- obligado a dar al hijo que se establecía, y sobre todo, a la hija que se casaba - un "AUSSTATUNG", consistente en una determinada cantidad de sus propios bienes, - la cuál se hacía de una manera irrevocable y no estaba sujeto a devolución a su -- fallecimiento y de ordinario tenía el carácter de una compensación, en cuyo caso el hijo perdía el derecho a la sucesión del padre.

En el ámbito judicial y un poco más actual a nuestra época, el sistema jurídi -- co germánico dejaba observar algo sobresaliente para nuestro estudio; pues enfocando su importancia a la base que el derecho natural dió a la patria potestad, en el caso desafortunado e inevitable del divorcio, el Tribunal Sentenciador --- determina a quien de los padres correspondía la guarda y educación de los hijos.

La regla más comunmente practicada era la de confiárselos a la madre en los --- primeros años, aproximadamente hasta los seis años y después de esta edad al --- padre, aunque tal regla no era absoluta, pues los jueces atendiendo las circunstancias que concurrieron en cada caso en concreto y protegiendo el interés bienentendido de los hijos, resolvían lo que creían más justo y oportuno. Otra cosa que se observaba en dicho sistema, consistía en que cualquier estado y época el padre que se veía privado de sus hijos, tenía el derecho de visitarlos de vez en cuando.

#### CONCLUSION DE LA POTESTAD PATERNA

La tutela paterna no es un derecho vitalicio como la patria potestas en el -- Derecho Romano, sino que el hijo al llegar a la mayoría de edad, la ley presume que ya puede salir de ella. En algunas legislaciones se prolonga esta institu--- ción hasta edad avanzada resoecto a los hijos que continúan en casa paterna; enefecto, al evolucionar el Derecho Germánico se suprimieron o modificaron por --- influencia del Cristianismo algunas de las facultades paternas.

Así tenemos que el derecho de exposición fué suprimido y el de disponer el -- matrimonio de las hijas, se convirtió en un simple derecho de consentimiento. -- Por otro lado, la cuestión de si el padre puede abreviar la duración de la ---- tutela, renunciándola a favor de sus hijos o autorizándolos para fundar un establecimiento independiente, se resuelve afirmativamente en países como Alemania, - Francia y España; sin embargo, la emancipación en otras legislaciones, como en - los Códigos de Napoleón y Sajonia, entre otros, la admiten, teniendo el carácter de una declaración anticipada de mayoría de edad. Era regla general que los --- hijos emancipados por el matrimonio jamás vuelven a la tutela paterna, aunque a la muerte de uno de los cónyuges, el supérstite no hubiere llegado a la mayoría de edad.

#### 4.- EL CRISTIANISMO.

Al entrar al estudio del antecedente de la patria potestad en el Cristianismo, - primeramente habrá que tomar como punto de apoyo el carácter divino con que se - encubre la teoría tradicional y prestigiosa de los textos de la BIBLIA, que considera a la sociedad humana, según es sabido, como producto de la pareja primi-

tiva formada por los primeros padres Adán y Eva. Desenvuelta su descendencia se fué constituyendo progresivamente ordenes sociales que llegaron a denominarse de distintos modos, pero siempre formado por cónyuges e hijos; y es precisamente en las Sagradas Escrituras donde encontramos una clara idea de lo que constituía la patria potestad, esto es, el derecho de los padres hacia los hijos. El libro del Génesis, refiere que Dios prueba a Abraham diciéndole: "Toma Isaac, tu hijo ---- único a quién tanto amas y ve a la tierra de visión y allí me lo ofrecerás en --holocausto..."(12) No queriendo desobedecer Abraham la orden del Señor, sin demora se prepara para llevar a cabo el duro sacrificio, pero faltando pocos minutos para consumarlo, enseña la Biblia, que un ángel del Señor se le aparece y lo --- detiene. Para nuestro estudio, el anterior pasaje nos demuestra primeramente que Dios trataba de demostrar su dominio sobre la vida de todas sus criaturas a las que amaba profundamente y en segundo término, se aprecia el derecho que el padre tenía sobre la vida de su propio hijo, pero no en forma arbitraria, sino que lo amaba profundamente y que sólo la orden de Dios lo hacía quebrantar el cariño que tenía hacia su hijo. De igual forma en las Sagradas Escrituras queda plasmado el respeto que los hijos le debían a sus padres, elemento sine qua non, en la relación de la patria potestad; tal cuestión se contempla en la promulgación del --- Decálogo que dió a conocer Moises y que se encuentra en el Exodo, libro segundo, de la Biblia, en el cuál Dios dicta sus mandamientos, estableciendo, entre otros "Honra a tu padre y a tu madre, para que vivas largos años sobre la tierra que te ha de dar el Señor Dios tuyo". (13) Finalmente en el libro Levítico, por ---- cierto eminentemente jurídico, se trata respecto de las penas a los transgresores de los mandamientos de Dios, ordenando: "... El que maldijere a su padre o a su madre, castigado sea de muerte..." Observándose con las anteriores citaciones la relación tan natural y llena de valores como lo son el amor, la justicia y la gratitud que debían los hijos a los padres; sin embargo toca a nosotros presumir que para que los padres tuvierán la posición de deberles respeto y cariño de los hijos, era porque aquéllos correlativamente debían el mismo respeto y cariño a sus hijos. Esta situación se expresa en el libro del Eclesiástico de la Biblia, donde los consejos de Dios al respecto, consistía en que los hijos escucharán -- los preceptos que su padre les daba, porque Dios quiso que los padres fueren --- honrados de los hijos y vindica y conforma la autoridad de la madre sobre ellos; el hijo que honra a sus padres agrega, acumula tesoros y consuelo en sus propios

---

(12) La Sagrada Biblia, Antiguo Testamento, Biblioteca Autores Cristianos.

(13) Idem.

hijos, y termina diciendo Dios en el Eclesiástico: "... la bendición del padre - afirma las casas de los hijos; pero la maldición de la madre arruina hasta los - cimientos." (14).

Ahora bien, con el anterior apoyo que nos da la idea de Dios y ya identifi -- cada la Doctrina Cristiana, con la aparición de Cristo en la tierra, donde preci -- samente la vida se cuenta antes y después de Jesucristo, diremos, que en la ---- lenta caída del Imperio Romano, arrastra también como un poderoso río, la caída de los sistemas clásicos de la vida y del pensamiento; los hombres están, en --- toda la extensión de la palabra, desorientados, sin embargo, poco a poco una -- nueva verdad, nacida en las tierras de Galilea, invade los dominios del Imperio-Romano, ya para ese entonces dividido y por lo tanto, en la ya decadente cultura romana, la idea familiar se veía debilitada y no podía ser contrarrestada por -- simples medidas legislativas y motivos sociales, sino que era necesario enérgi-- cos estímulos morales que solo el Cristianismo podía lograr, ya que traía con--- sigo las ideas originales de los nuevos tiempos.

En esas condiciones, el Cristianismo concibe la potestad paterna como una --- "MISION CONFERIDA POR DIOS EN BENEFICIO DE LOS HIJOS"; por tanto, el poder deja- paso a un DEBER, entrañando dicho término, o la responsabilidad de los padres de proveer de educación a sus hijos y considerando esa autoridad paterna como un -- servicio en bien de los propios hijos. Así pues, el Cristianismo contribuyó enor-- memente a la evolución del concepto de familia, predicando la igualdad de condi-- ción jurídica del hombre y de la mujer, provocando así un cambio importante en - renglón. Se advierte entre los cristianos de los primeros tiempos que comenzó a - usarse que cada matrimonio formará una nueva familia y los hijos, por ende, al - contraer matrimonio se independizaban de la potestad del padre; siendo el matri- monio un acto tan importante, el Cristianismo le dió una trascendencia especial; no se concebía que la nueva pareja quedará sujeta a la potestad del padre del -- esposo, como sucedía en el sistema de la sociedad romana, sino que en la corrien- te Cristiana la pareja exigía una independencia absoluta que originó una nueva - familia integrada por los cónyuges y que en el matrimonio tenían los mismos dere- chos y deberes, en forma recíproca. Fustel De Coulanges dice respecto al ejerci- cio de la patria potestad bajo el influjo de la doctrina Cristiana, que las --- limitaciones en el ejercicio de aquella, debía descansar en el principio de que

las creencias que se anidaban en el fondo de las almas, estaban limitadas por la moral y los valores que tuvieron dichas creencias, que imponían al propio tiempo diversas obligaciones que nacen de la misma conciencia individual de las personas (15).

Por último, institucionalmente el Cristianismo, a través de la Iglesia, plasma los anteriores principios y dogmas, con determinante influencia y también con la evolución de las costumbres que determinaron una modificación en la naturaleza de la patria potestad, que adquirió definitivamente un carácter temporal para la minoría de edad del hijo. La autoridad paterna de ninguna manera era desconocida en cuanto a su obligatoriedad, sino que pasaba a ejercerse en interés de los hijos. La Iglesia ha considerado la prioridad de los padres frente al Estado subrayando que debido al carácter natural del poder de aquéllos, a quienes la misma naturaleza da el derecho de educar a sus hijos, imponiéndoles al mismo tiempo el deber de que la educación y enseñanza de la niñez corresponda con el fin para el cual el cielo les dió los hijos, proclamando el alto rango de la potestad de los padres de familia que tiene cierta efigie y forma de la autoridad que hay en Dios, teniendo en cuenta que el hombre fue hecho a imagen y semejanza de Dios. De igual manera, la Doctrina Pontificia ha dignificado el papel de la madre, declarando a la maternidad como un oficio natural de la mujer, embelleciendo dicho oficio al rodearla de una aureola de respeto y exigirle, al mismo tiempo, virtudes heroicas. Por lo tanto, la Iglesia misma sanciona el deber que tienen los hijos de obedecer a sus padres, sin distinguir entre padre y madre; en este sentido, en la sociedad Cristiana, la patria potestad se ajusta convenientemente moderada a la dignidad de la esposa y a la de sus hijos, ya que la verdadera autoridad no la han ganado, sino que la han recibido de Dios, quien la establecido, y el hombre que ama a sus hijos por encima de todo, está cumpliendo con el sagrado principio: "El amor de un padre va a sus hijos y el amor de los hijos va a sus propios hijos".

Para la Iglesia la patria potestad, tuvo características atributivas de derecho que los padres tienen la obligación de amar, mantener y educar a sus hijos; la paternidad para esa doctrina es un sagrado depósito de Dios, y a la vez tiene el derecho de corregir y dirigir a los hijos temporalmente, sin otra intervención que las normas impuestas por la sociedad.

---

(15) Op.citada, p.117

## 5.- EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Para dar inicio al estudio de la patria potestad en el antecedente que nos ofrece el Derecho Familiar Español, tomaremos en cuenta la etapa de la España Goda, recordando que en la cultura germana de los Godos se les localiza en dos formas los occidentales, llamados visigodos y los orientales, ostrogodos. Precisamente fué Ataúlfo jefe de los visigodos quién en el año 415 d de C., trató de asentar el reino visigodo en España, hasta que posteriormente, con Euríco al frente, --- logró que la Corte visigoda residiera en Toledo (España). (16). La institución familiar en ésta etapa se en cuenta formada principalmente por la base romana, el influjo y la modificación nacida de las costumbres germanas y la doctrina --- canónica. La Ley de los visigodos (LEX VISIGOTHORUM) junto con la LEX RIPUARIORUM y la Ley de los Sajones (LEX SAXONUM), formaron las leyes de los bárbaros -- (LEGES BARBARORUM) uno de los cuerpos legales más antiguos de Europa.

En la España Goda, la patria potestad, se observa más racional y humana, respecto a la primeras etapas del derecho romano; así tenemos que mediante el ---- Concilio III de Toledo, se dictó una Ley por la cuál se establecía la pena de -- muerte contra los padres que privarían de la vida a sus hijos; es decir, se protegía al máximo al ser humano, especialmente su vida, observándose de igual manera que no podían humillar a los hijos con situaciones que anteriormente existían, como era el hecho de venderlos y empeñarlos; por otra parte, en cuanto a los --- derechos que tenían los padres sobre sus hijos en el ejercicio de la patria potestad, están entre otros, los siguientes: tenían el derecho de corrección o castigo, podían oponerse al matrimonio de sus hijos, castigando severamente a -- aquéllos que se casaran con persona distinta de la aceptada por el padre; y aún más, al contraer el matrimonio a que se oponían los padres, era justa causa para desheredarlo.

Respecto a la madre, según señalan las leyes mencionadas, debían tener a los hijos menores en guarda, siempre y cuando ocurrieren las siguientes causas y con diciones: que muriese el padre, que la madre así lo deseara, conservar en custo-- día a sus menores hijos y que no contrajera nuevas nupcias.

En cuanto al aspecto patrimonial de los hijos, el padre tenía la posición de administrador legal de los bienes de sus hijos, pero sin facultad para enajenar-

los; por su parte el hijo una vez alcanzada la edad de veinte años, podía reclamar la mitad de la herencia materna (parafarnales) y si contraía matrimonio, --- podía pedir hasta las dos terceras partes de esa herencia, conservando el resto el padre como recompensa de sus cuidados y como símbolo de su poder. Respecto -- del peculio adventicio, el padre tenía el deber de hacer inventario, y tomando - en cuenta las bases del derecho romano, estaban reconocidos los antiguos pecu--- llos castrense y cuasicastrense en cuanto a los bienes ganados por el hijo en la guerra o por su trabajo a no ser que viviera en compañía de aquél, pues entonces tenía la tercera parte de los bienes que formaban esos peculios.

En cuanto a las causas que extinguían la patria potestad, no se registran --- para ello ni la edad ni el matrimonio del hijo, sólo podía vislumbrarse la muerte o el delito del padre, si era éste de tal manera o naturaleza que hubiere que imponerle como pena la pérdida de los derechos de la patria potestad.

Por último, para cerrar nuestro comentario en esta etapa diremos que, la tute la o guarda de los huérfanos menores de quince años, aparece reglamentada por -- las leyes visigodas, pero sólo con la condición que se legitime, figurando a la cabeza de las personas llamadas a ejercerla, la madre con un aparente y algo --- dudoso carácter de patria potestad subsidiaria e imperfecta, como una especie de tutela legal, y que perdía, tal como lo habíamos señalado anteriormente, si contraía nuevas nupcias. El orden para ejercerla era el siguiente: hermanos, tíos-- primos y colaterales hasta el séptimo grado.

La familia en la España de la Reconquista, distinguíase porque dicha familia- española había sido desplazada alarmanamente por la invasión de la estructura - familiar musulmana y se trataba de restaurar la nacionalidad española, que bajo el imperio visigodo se había convertido en el foro cultural del occidente euro-- peo.

Es precisamente a la brillantez de tal espíritu, a la dignidad de clase, al - poder feudal de cada noble, pero sobre todo al romanticismo de la época, los ele mentos fundamentales que contribuyeron a enaltecer la condición de la mujer y a delegar en ella los honores y derechos de su marido (en sus frecuentes ausenci-- as), a elevar su consideración y autoridad en la familia y hasta a otorgarle la jefatura de sus hijos y vasallos; lo que acontecía con mayor frecuencia, cuando sobrevenia la muerte de su cónyuge.

La fundamentación de lo anteriormente relatado, se da con la aparición del -- FUERO JUZGO, que es la ley básica de la reconquista y que tuvo precisamente su origen en el LIBER JUDICIORUM, ley aplicable a Godos y Romanos, en la cuál el --

poder otorgado a la madre, que más que carácter de patria potestad, tenía el --- carácter de guarda, alcanza ya en los diversos fueros, la condición de poder paterno otorgado a ambos cónyuges, es decir, a manera de apreciar lo ordenado por - el Fuero Juzgo, en cuanto a la tendencia de que la patria potestad sea ejercida por ambos cónyuges, reduce considerablemente sus derechos y aumenta la personalidad del hijo de familia, conservando leves diferencias con las instituciones de otros fueros municipales que caían en el llamado sistema foral. En el renglón -- relativo a la posición de la madre, podríamos concluir diciendo que el mismo Fuero Juzgo considerará a la madre como titular legítima preferente indiscutible de sus hijos, por encima de los demás parientes y en forma por demás contradictoria no se le otorga la patria potestad, sino una especie de tutela.

En cuanto a los hijos, como dijimos anteriormente, se observa su dignificación, hasta el punto de que cumplidos los veinte años, fuera para ellos obligatorio el servicio de la milicia por cuya virtud resultaban casi emancipados, figurando incluso, como compañero de armas, de su propio padre; y es precisamente la emancipación legal del matrimonio del hijo, la única causa para salir de la esfera de la patria potestad del padre y de la tutela legítima de la madre.

Los fueros municipales ordenaban que no obstante la patria potestad a que --- estaban sometidos los hijos, podía nombrar un tutor, cuando los padres fueran de mala vida, no cuidasen sus personas ni de la educación de ellos o bien dilapidasen su fortuna; la tutela conferida cesaba por cumplimiento de los doce años del sometido a ella.

Sin embargo, en esta etapa sufre alteración nuestra figura, con el antagonismo de doctrinas o tendencias legislativas, como la del derecho romano y la nacional o del derecho canónico, ya que el Estado visigodo constituía el ideal de los Cristianos españoles en la reconquista, por lo que el resultado fué la aparición y formación de las Partidas bajo el reino de Felipe el Sabio, cuyas tendencias - eran las de debilitar, más que fortalecer, el espíritu de igualdad que en la relación conyugal ofrecían las legislaciones forales anteriores, sustituyendo la - función natural de la familia; esto es, que el padre y la madre podían ejercer, - substituyéndola por aquél patriarcado que otorga la patria potestad al ascendiente de grado superior, reglamentándola por causas diferentes como la legitimación y la adopción y tal vez alguna otra variedad de la misma especie admitida en --- Roma.

Importante resulta, aunque sea brevemente, transcribir lo que las Partidas -- consideraban respecto a la patria potestad:

"Poder e señorío han los padres sobre los hijos, segund razón natural e ---- segund derecho. Lo uno, porque nascen dellos; lo al, porque han de eredar lo -- suyo". (17). "Piedad e debdo natural deuen mouer a los padres para criar a los - hijos, dándoles e faziendoles lo que es menester, segund su poder. Casi las bestias que non han razonable entendimiento e sentido sobre las otras cosas" y a su vez, "los fijos son tenudos naturalmente de amar, e temer a sus padres, e de --- fazerles honra, e seucio e ayuda en todas aquellas maneras que lo pudiessen --- fazer". "Crianza es uno de los mayores bienfechos que ome puede fazer a otro...- E esta crianza a muy grand fuerza, e señaladamente la que faze el padre al fijo; ca como quier que le ama naturalmente, por quel engendró, mucho más le cresce - el amor, por razón de la crianza que faze en él".(18).

En tercer término podemos hablar de la familia castellana y la función de la patria potestad, en la etapa comprendida desde los Reyes Católicos hasta después de la publicación de la Novísima Recopilación, es precisamente en esta etapa que con las Leyes de Toro toca restituir la estructura familiar castellana bastante alterada en la etapa anterior, tal como lo hemos referido, por lo que la patria potestad civil vuelve a su genuino sentido anterior, destruyéndo aquélla especie de patriarcado civil, de origen romano.

Existe en la presente etapa y con la legislación que la regula mayor reglamentación acerca de la capacidad civil de la mujer casada, lo que es muy importante se dan novedades en la condición y derechos de la prole ilegítima, inspirándose en las Leyes de Toro, en donde se defiende los escasos derechos que tenían los - hijos ilegítimos, quiénes sufrían con rigor las consecuencias e un origen del -- cuál ellos no deben ser responsables.

Asimismo, se ofrece en la Novísima Recopilación la reglamentación en materia del consentimiento del padre o de otras personas para el matrimonio de los hijos y menores, llegando la última al extremo de considerar estos asuntos familiares, materia apropiada para la intervención de ciertas autoridades, mediante el recurso de alzada que los interesados interpusieren ante ellos de la negativa del --- consentimiento de las personas llamadas a prestarle tal autorización.

Por último, en esta etapa, se modifica fundamentalmente la organización de la familia, en el sentido de que el ejercicio de la patria potestad de los ascen---dientes, se reduce el poder al padre únicamente, dejándose entrever que desde el

(17) Part. 4ª, Título XVIII

(18) Idem.

momento en que se hace del matrimonio de los hijos causa de emancipación legal, pierde el padre derechos que anteriormente a las modificaciones legislativas --- tenía, como era el caso de que aún casándose el hijo no salía de la esfera del poder del ascendiente, en la presente etapa, ya se observa que con tal situación el hijo o los hijos adquieren, por ejemplo, el usufructo de los bienes adventicios.

En penúltimo lugar, estudiaremos los antecedentes del derecho español que nos da la fuente de la etapa contemplada de la posterioridad de la Novísima Recopilación hasta la regulación que hace la Ley de Matrimonio Civil, el cuál observado como una especie compleja y mixta en sus tendencias, es decir, conformada por -- las corrientes opuestas del elemento romano y del germano.

La Ley de Matrimonio Civil vino a corregir alguno de los fundamentales errores que contenían las anteriores legislaciones, como por ejemplo, la desairada-- situación que guardaba la cónyuge cuando a la muerte de su esposo y en el orden del derecho natural, debía corresponderle la aceptación total de sus derechos, - como eran entre otros, el pleno ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos- o el derecho a la herencia del de cujus; tenía la amargura de soportar respectivamente al caso, la intervención de un extraño que hubiere sido nombrado tutor - para sus hijos o que hasta los parientes del décimo grado se presentarán a reclamar la sucesión del autor de la herencia, o cónyuge fallecido .

Por lo que se recibió en forma reivindicativa al derecho justo, las novedades que trajo consigo el referido Código, que en lo que respecta a la aplica-- ción familiar destacan las siguientes: las dos formas de matrimonio el canónico y el civil; otorga la patria potestad a la madre en defecto del padre y con ella todos los derechos, provechos y funciones de protección, observándose en éste -- aspecto, que la función de la patria potestad, es un derecho que correspondía a ambos cónyuges, aunque la preferencia para la representación de ella pueda y deba corresponder al padre en ciertos aspectos; modifica el concepto de los hijos naturales, y por lo tanto, se extiende la acción de la patria potestad a los llama-- dos hijos naturales; ampara la autoridad de los padres con el concurso del poder público para la detención y reclusión de los hijos en establecimientos destina-- dos al efecto; niega la patria potestad, por regla general, a la madre, cuando - contrae segundas nupcias; hace desaparecer las instituciones de tutela y curate-- la, unificándolas bajo el nombre de tutela, lo mismo por razón de menor de edad- que de incapacidad e introduce nuevas instituciones como el Consejo de Familia, - la protutela y el Registro de Tutelas; sanciona los derechos del cónyuge viudo;-

reglamenta la ausencia; prohíbe la investigación de la paternidad; por regla --- general, legisla con mayor extensión acerca de los principios de la deuda alimenticia; reforma el tipo legal de la mayoría de edad; deroga el beneficio de "resstitutio in integrum" que los menores, incapacitados y personas jurídicas, gozaban, según el derecho anterior.

Por último, referiremos la regulación de la patria potestad en la familia --- foral en otros territorios de España que no estaban regidos por la legislación de Castilla; y así tenemos en primer término, a la familia de Aragón que en su legislación es la más completa entre todas las forales y da pauta a otras como la de Navarra y la de Vizcaya.

En la estructura familiar Aragonesa, bajo la observancia "De consuetudine --- regni non habemus in Aragonia patria potestatem", se puso fuera del alcance y sentido de la patria potestad romana y se consagró la "natural", y con esto, el poder paterno tiene sólo un carácter tutelar y de protección de los hijos, por lo que se observa que la natural en contraposición a la civil, rechaza el derecho que tiene el padre por un deber implícito y por lo tanto justo que debe --- tener el padre; se empieza a dar la relación natural movida por razones innatas de simpatía y de moral entre padres e hijos, en cuanto a la reciprocidad de darse alimentos, de igual manera regido por un sentido de igualdad los padres --- tenían la obligación de dotar a las hijas y de donar por razón de su matrimonio a todos y cada uno de los hijos.

Por otra parte, se observa que contrario a lo que sucedía en la legislación de Castilla en su ley de Matrimonio Civil, el derecho aragonés no otorgó a la madre, ni subsidiariamente siquiera, la patria potestad, reconociéndole únicamente algunos derechos, como el de tener a los hijos en su compañía mientras se conservare viuda y hasta en tanto no contrajere nuevo matrimonio; tiene la obligación de alimentar a los hijos, de dar dote a las hijas, salvo excepción hecha, cuando se casaren contra su voluntad podían dar consentimiento a los menores de veinte años para celebrar contrato y ciertos actos de enajenación y aprobación de cuentas de tutela, aunque en éste aspecto, los hijos que adquiriesen bienes por cuenta propia y que por ende les correspondían, no necesitaban licencia del padre y mucho menos de la madre, dada su situación en ésta legislación de Aragón para contratar sobre dichos bienes. Por su parte el padre moralmente se sentía robustecido en su poder, en el hecho de tener libertad de testar a uno de los --- hijos preferidos sobre los demás

En Cataluña, las instituciones familiares observan que sus fuentes son las -- del derecho romano y el canónico; las relaciones conyugales no están inspiradas en aquél criterio de igualdad y de reciprocidad de derechos con que se manifiestan en la legislación aragonesa; es superior en el matrimonio la condición del marido respecto a los derechos patrimoniales en la familia; en cuanto al criterio legal aplicable a la materia de la patria potestad, prole ilegítima, filiación legítima, legitimación, adopción, tutela y curatela son novedades del derecho catalán, como los del nombramiento de tutor testamentario, recurso extraordinario a los menores de edad y personas jurídicas. Se nota el predominio de la -- influencia de las disposiciones canónicas hoy en día derogado por la ley de --- Enjuiciamiento Civil.

Respecto a la referencia que dan en la familia, en Mallorca, es poca, destacando al matrimonio como causa de emancipación legal; con dos marcadas excepciones que significaban restricciones para la emancipación voluntaria, que son: en caso de que el marido, siendo menor de dieciocho años, para la ejecución de cualquier clase de contratos tiene necesidad de la autorización de su padre, y en su defecto, de su madre y a falta de ambos, del Juez del lugar, sin cuyos requisitos serán aquellos nulos, de ningún valor y efecto; y la otra restricción era en garantía de los acreedores del padre.

Los menores, las villas, parroquias y la universidad gozan del beneficio de restitutio in integrum.

Toca su turno referirnos al fuero de Navarra, donde el origen de su derecho y el desenvolvimiento de éste, se ve influido predominantemente por el aragonés, aunque con ciertos elementos de la legislación castellana, del derecho romano y también del catalán. Sin embargo, en el estudio que nos ocupa observemos que en las leyes navarrasque no contemplan la patria potestad civil, sino con los lineamientos dados por la corriente germánica, en que todo el poder de dirección o -- protección sobre los hijos y menores le dan el nombre de "tutela", destacando la del padre, con el carácter de legítima únicamente. A más en este aspecto, sancionaban asimismo, la tutela y la curatela para los menores, y la última, también para los incapacitados, conociendo las tres especies usuales de guarda.

La tutela es común tanto al padre como a la madre, toda vez que la ley llama a los demás parientes, en defecto de ambos. El ejercicio de la tutela legítima alcanzaba al hijo primeramente hasta los siete años, elevándose después a los --- catorce y doce años, según fuera varón o hembra.

La obligación de dar alimentos de los padres hacia sus hijos, se consigna en las leyes de Navarra, al establecer las condiciones de la fealdat o usufructo -- foral (et deve crear et conseyllar sus creaturas). Por otra parte, como consecuencia del cumplimiento por los hijos del deber de prestar a sus padres los alimentos civiles, según su clase se limitan hasta cierto punto las facultades de los padres relativas a la disposición de los bienes, presecribiendo que en ese caso no puedan vender ni empeñar las heredades y que si lo hicieran, estarían -- los hijos dispensados de cuidar de su subsistencia.

En este lugar y ya identificada la tutela, como aquella que reemplaza a la patria potestad, se extingue por llegar a la pubertad el hijo, por su matrimonio y por las segundas nupcias del padre o de la madre.

El último territorio de España, que nos ofrece algo de lo que nos interesa, es Vizcaya, en la cuál se contempla, que las relaciones civiles de los padres con los hijos, llevadas a cabo bajo la idea de la tutela, como en la reglamentación de Navarra a la que nos referimos momentos antes, en donde el sentido de -- igualdad con que el fuero se refiere a la madre, lo mismo que al padre para --- atribuirles la cualidad de tutores y administradores legales de sus hijos. Confirma este sentido de igual consideración para el padre como para la madre, el precepto que manda sustituir los tutores nombrados por ambos para sus hijos, con los designados judicialmente, que han de ser dos, correspondientes el uno a ---- parientes de la línea paterna y el otro a los de la línea materna.

La ley del fuero vizcaíno declara que a los dieciocho años puede el menor -- dejar la curatela y ganar la calidad de ser sui iuris, practicando para ello --- ante el Juez la oportuna justificación de ser aquélla edad tan sagaz y diligente que puede regirse a sí mismo.

## B. MARCO CONCEPTUAL.

### 1.- DIVERSAS DEFINICIONES DE TRATADISTAS.

En buen número diversos tratadistas del derecho han tratado de dar un concepto - que llegue a ser considerado como satisfactorio, acerca de lo que es la patria - potestad. Así por citar, en la corriente francesa Colin y Capitant definen a la patria potestad como "El conjunto de derechos que la ley concede a los padres -- sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación- y educación a que están obligados". (19) Por su parte Pianiol define a la institución de la patria potestad como "El conjunto de derechos y facultades que la - ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones". (20)

En la doctrina española, al tratar de dar un concepto de la patria potestad, - primeramente transcribiremos la idea de las Partidas que en una concepción puramente al establecer: "...Piedad e debda natural deuen mouer a los padres, para - criar a los fijos, dándoles o faziendoles lo que es menester, segund su poder. E estos se deuen mouer a fazer por debdo natural. Casi las bestias que non han --- razón ni entendimiento aman naturalmente e crian sus fijos, mucho mas los deuen - fazer los omes que han entendimiento e sentido sobre todas las cosas". (21).---- Después de entender la tan brillante concepción de las leyes de las Siete Partidas, poco podrá aportarse; sin embargo, para complementar la corriente doctrinaria ibérica diremos que en 1827 José María Álvarez, define la patria potestad -- como "Aquella autoridad y facultades que tanto el derecho de gentes como el --- civil conceden a los padres sobre sus hijos con el fin de que éstos sean convenientemente educados". (22) Finalmente Castán Vázquez, al realizar un tratado -- específico sobre la institución, materia de nuestro estudio, cuyo autor es total mente autorizado para darnos una idea de la patria potestad, definiéndola como:-

(19) Colin y Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil, P. 18, T II, Vol. I, Ed. Reus.

(20) Pianiol Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil, p.283, Ed. Cajica, Pue. 1981.

(21) Part. 4<sup>ta</sup>, Título XVIII.

(22) Álvarez José María, Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias, U.N.A.M. 1984.

"El conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole". (23)

También en México, contamos con la exquisita calidad y brillantez de tres --- grandes maestros universitarios, que sin menoscabo de otros, que también son -- excelentes en la materia y que por falta d espacio no podremos citar, es por lo que sólo citaremos a los mencionados. Primeramente citemos a Rafael Rojina ---- Villegas quién piensa que la patria potestad, "Es una verdadera función social--- como institución que más que derechos impone obligaciones a quiénes la ejercen". (24) Por su parte, Rafael De Pina considera que la patria potestad "Es el conjunto de las facultades que suponen también deberes, conferidos a quiénes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella con el objeto de - salvarlos en la medida necesaria". (25) Y finalmente, Galindo Garfias define la patria potestad como "Una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos, correspondiendo su ejercicio al progenitor o progenitores, respecto de los cuáles ha quedado establecida legalmente la filiación consanguínea o civil". (26)

## 2.- CONCEPTO LEGAL.

Es claro que el legislador no quiso entrar en problemas al conceptuar la figura de la patria potestad en nuestro Código Civil, precisamente en cuanto a que no satisficiera con su sentido subjetivo la definición que acaso pudiera dar y por lo tanto, resultare quizás inexacta y no fuera aceptada generalmente. Sin -- embargo, los elementos que contienen la institución en la Ley Civil Mexicana, -- nos da la posibilidad de asociarlos y entender el espíritu que llevó a cabo el - legislador a regularla jurídicamente.

Así tenemos, que algunos artículos del Código Sustantivo en el capítulo respectivo a la patria potestad, contemplan los elementos a que hemos aludido:

---

(23) Castán Vázquez José María, La Patria Potestad, p. 43, Revista de derecho privado, Madrid, 1954.

(24) Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Ed. Porrúa, 1978.

(25) De Pina Rafael, Elementos de Derecho Civil, p. 373 Ed. Porrúa, 1982.

(26) Galindo Garfias Ignacio, Primer curso de Derecho Civil, p. 667 Ed. Porrúa, 1982.

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

Art. 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.

Art. 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..."

Art. 414.- La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

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

Art.419.- La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente - las personas que lo adoptan.

Art. 421.- Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar - la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos..."

Art. 422.- A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe - la obligación de educarlo convenientemente..."

Art. 423.- Para los efectos del artículo anterior los que ejerzan 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..."

Por lo que puede observarse de los preceptos anteriormente transcritos, que - aunque ninguno de ellos define con claridad lo que es la patria potestad, si --- evidencian elementos que forman el contenido de tal figura y nos ofrecen los --- sujetos que sostienen tal relación. Así se desprende que la ley establece que - los sujetos que componen la patria potestad, son por una parte los padres y a -- falta de éstos los ascendientes paternos y después los maternos; en caso de la - adopción solamente se limita la relación de la patria potestad a los padres adop - tivos y al o a los hijos adoptados, sin extensión en su ejercicio de la patria - potestad. A su vez, la figura comprende dos aspectos al referir que el ejercicio de la patria potestad recae sobre la persona y los bienes en quién se ejercita.- El contenido esencial radica primordialmente, en que la institución busca el --- bienestar de los hijos, a través de una educación conveniente y una facultad de - corrección moderada, en la casa que sirva para la guarda y realizaciones de --- tales finalidades.

### 3.- ACEPTACION PERSONAL.

Antes de dar nuestra idea a través de un concepto acerca de lo que es la patria-potestad, primeramente haremos una breve crítica a los conceptos que hemos venido manejando de los diversos tratadistas citados en nuestro estudio y del término de la patria potestad, así como de los elementos contemplados en nuestra Ley --- Civil.

Según el diccionario Larousse, la palabra "Patria" significa, "País en que se ha nacido", es decir, "el lugar o nación propios de una persona por nacimiento y presupone no sólo la afinidad racional sino cultural y quizás de idioma"; y el término "Potestad", según el mismo diccionario, "es la facultad de mandar, poder autoridad"; al respecto, es de recordarse que éste último término fué usado en el derecho romano en beneficio del señor absoluto de la domus romana, el pater familias, etapa que evoluciono satisfactoriamente para dar intervención a la --- madre para buscar en conjunto con el padre los beneficios del menor hijo de --- ambos. Por lo que en consecuencia, el término "Patria Potestad" en la actualidad sería ya inaplicable por no atender a su contenido; sin embargo, los autores de derecho de familia, han considerado muy difícil suprimir tal terminología, en -- virtud de haberse constituido ya tradicionalmente, por lo que únicamente nos --- queda aceptarlo rigurosamente, pero buscando siempre el contenido que nos lleve a su última finalidad.

Por lo que respecta a las definiciones aportadas por los tratadistas referidos anteriormente, éstos por una parte manejan únicamente un concepto cuantitativo, al decir, "un conjunto de derechos y obligaciones" o bien una idea de "autoridad" que tienen los padres al ejercer la patria potestad sobre los hijos sujetos a ella, no haciendo mención de los hijos legítimos o adoptivos sujetos a --- ella, tanto en su persona como en sus bienes, y a excepción hecha del maestro - Galindo Garfias, jamás se ocupan de señalar el origen de la figura y por lo tanto de la finalidad de ésta que es la de atender siempre al beneficio de los --- hijos menores o incapacitados. En cuanto a los elementos contenidos en nuestra - legislación, también al igual que la mayoría de los autores en cita, olvidan el dejar bien establecido el origen de la patria potestad.

Por lo que teniendo en cuenta, lo que hasta el momento hemos dejado apuntado,

estaremos en condición de conceptuar a la patria potestad como "LA INSTITUCION - JURIDICA NACIDA DE LA FILIACION O DEL PARENTESCO CIVIL, EN VIRTUD DE LA CUAL SE ESTABLECE UNA SERIE DE DEBERES Y FACULTADES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES O ENTRE ADOPTANTES Y ADOPTADOS, DE UNA MANERA TEMPORAL Y EN BENEFICIO DE LOS ----- SEGUNDOS".

Nos quedaría únicamente extraer los elementos que conforman nuestra definición, a efecto de poder justificarla, por lo que en seguida pasamos a examinar - brevemente su contenido.

1.- Decimos que es una "Institución Jurídica" porque en primer término, el -- hablar de una institución, nos lleva a pensar que precisamente el ser humano al existir naturalmente asociado a otros semejantes formando consiguientemente el primer grupo social conocido, y que es la familia, llegan a la convicción de que sus hábitos o costumbres que les sirven para la consecución de sus fines, necesitan establecerse en lineamientos que sirvan de forma a las actividades encaminadas a una mejor convivencia social; por lo que esos primeros principios que son inmutables, debido a un hecho natural, se traducen en un conjunto de normas de - igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen un fin común, es el -- caso, el de los padres que mediante el hecho natural de la vida conciben la formación, por lo que esa idea común de bienestar en un grupo social, es un arreglo para poder conseguirlo a través de la institución establecida para la realiza--- ción de tales fines.

La institución es jurídica, en cuestión de que es complementaria de la finali dad de bienestar social, en cuanto a que la institución naturalmente conocida al matizarla de juridicidad, es cuando se le da injerencia a los órganos del poder público, para que en caso de ser necesario apoyen y regulen las relaciones que - derivan del desenvolvimiento de la institución universalmente conocida entre -- padres e hijos cuando estas se ven afectadas o perturbadas en su normal ----- desarrollo.

2.- Tiene su origen en el hecho natural de la "filiación", entendida ésta --- como el "vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes", en un sentido general, por dos razones:

a.- Comprende al hecho jurídico que produce todas sus consecuencias jurídicas tanto a los hijos nacidos dentro del matrimonio como fuera de él, y por consi--- guiente, a los reconocidos fuera del mismo.

b.- En consecuencia, los hijos no deciden su nacimiento, pero sí sus progeni--- tores cuando los traen al mundo, por lo que estos estarán obligados a proteger--

los y cuidarles hasta su normal desarrollo.

Pero no solamente a través del hecho jurídico se da la figura de la patria -- potestad, sino también mediante la celebración de un acto jurídico que va a producir las mismas consecuencias de derecho. Al igual que en el derecho romano, -- pensemos en la imposibilidad que tienen los cónyuges de procrear un hijo en su -- matrimonio, y sin embargo, guardan en su persona el suficiente cariño para proteger y cuidar a un menor, es cuando entra la forma legal de la adopción, que una- vez decretada judicialmente, y aún incluso antes de ella, produce todos los efec- tos del ejercicio de la patria potestad, creando únicamente las obligaciones y - los derechos entre adoptantes como padres y los adoptados como hijos, sin posibi- lidad de extender tal relación a otras personas, por tratarse de un parentesco --- civil.

3.- Se establece una serie de "deberes y facultades" obedeciendo a la forma - impero atributivas de los ordenamientos, o sea, que a la vez que impone obliga- ciones concede derechos que hacen posible el cumplimiento de aquéllas. Así tene- mos, que en nuestra definición contemplamos en primer, sitio los deberes, en el - significado que tiene "aquello a lo que uno esta obligado" y durante el ejerci- cio de la patria potestad, los padres por tener plena capacidad física e intelec- tual, estarán obligados entre otras cosas: a registrar a sus hijos civilmente, a tenerlos bajo su guarda, a darle los alimentos indispensables para su normal --- desarrollo, a formarlos adecuadamente en base a una educación conveniente y a -- una imágen digna de los padres ante los hijos, se observa la responsabilidad de- cuidar y administrar satisfactoriamente los bienes pertenecientes a los hijos -- menores no emancipados. Por la otra parte, los ascendientes, llaméense en primer- lugar padres, en seguida, abuelos paternos o maternos, o bien, los padres adopti- vos, tienen el derecho de que los hijos que están sujetos a su patria potestad, - los respeten y honren, así como, el de permanecer en casa de los padres mientras no cese el ejercicio de la patria potestad o se emancipe legalmente, en caso ne- cesario, tienen la facultad de auxiliarse de las autoridades, en caso de que en- el derecho de corregirlos no obtenga el beneficio para los hijos que lo llegasen a necesitar para no incurrir en exceso de autoridad en ese aspecto.

4.- Manejamos en nuestra acepción, como elementos los términos de ASCENDIEN-- TES a DESCENDIENTES y de entre ADOPTANTES y ADOPTADOS, por las siguientes razo- nes:

a.- Al tomar en cuenta a los ascendientes y los descendientes, tendremos que- tomar en cuenta primeramente el primer grado entre los mencionados, en atención-

a que su origen esta en la filiación, es decir, estaremos hablando de los "padres y de los hijos"; en segunda instancia, se comprende el segundo grado en línea -- directa ascendente y descendente, o sea, entre los abuelos y los nietos, como nos lo señala nuestro Código Civil, en caso de que no pudieran ejercer la patria potestad los padres biológicos. Deberá entenderse, que al hablar de los padres --- como los ascendientes en primer grado, la titularidad de la patria potestad será conjunta; y, respecto a los abuelos, a falta de los anteriormente mencionados, - existen comentarios necesarios que hacer, por lo que al referirnos en el capítulo específico de los sujetos de nuestro estudio, haremos dichas anotaciones.

b.- Hablamos acerca de los adoptantes y adoptado, atendiendo a que la patria-potestad, puede darse en el parentesco civil, ya sea por transmisión o por adquisición de la institución. Ahora bien, el parentesco civil restringe las relaciones de los sujetos involucrados, existen los derechos y los deberes solamente --- entre los adoptantes como padres y los adoptados como hijos, sin extensión a ninguna otra persona, en el caso de la figura de nuestro estudio, a los ascendientes por tratar que la adopción tienda a imitar la filiación natural; sin embargo hasta la fecha todavía no se entiende el espíritu del legislador al no consagrar la adopción plena en nuestro derecho positivo.

5.- De igual manera, destacamos que es una "institución temporal", en razón - de que no debe concebirse como eterna, ya que siguiendo las reglas de la naturaleza, una vez que cumple su función y sus finalidades, perece. Utilizamos tal -- término de temporalidad, ya que este se da en dos situaciones, cuando el sujeto-sometido al ejercicio de la patria potestad, sale de su minoría de edad en forma natural y la posibilidad que les ofrece la ley a los menores de edad de salir de la guarda de los padres, a través de la emancipación, que en su sentido literal-significa: libertar de la patria potestad, de la tutela o de la servidumbre.

6.- El último elemento que compone nuestra acepción, es el "beneficio" por -- esto, debemos entender que según la inspiración natural de la patria potestad su esencia consiste precisamente en la idea de protección y cuidado de los hijos -- menores que necesitan la atención de los padres, hasta que aquéllos alcancen la capacidad necesaria y el pleno discernimiento de las decisiones que conformaran los actos de su vida futura, por lo que el término "deber" deberá ser el principal y el "derecho" que tienen los que ejercen la patria potestad el término que constituye el medio regulador en las relaciones de los que en ella intervienen.

## C. CONCEPTOS FUNDAMENTALES SOBRE DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO.

### DERECHO NATURAL.

El maestro García Maynez dice que el derecho natural, "es aquél orden intrínsecamente justo". (27) Detrás de éste breve concepto, existe un fundamento, una ubicación y una finalidad del derecho natural, ya que cumpliríamos parcialmente si asociamos tal derecho a lo que está implícito en la naturaleza, término que --- según varios autores, es muy vago; por lo que es menester hacer un estudio fundamental de tal derecho, basándonos en el planteamiento del problema, que hemos -- dejado anotado.

En su Suma Teológica Santo Tomás establece: "Dios creó al mundo por un acto - de su propia perfección y al hacerlo le impuso las directrices que constituyen - el orden universal, y que a toda existencia asigna un lugar y una función especí- fica". (28) Precisamente la ley eterna, al referirse al hombre, recibe el nombre de ley natural, que contiene todos los criterios y principios supremos de la con- ducta humana, considerada ésta, tanto en su aspecto individual o moral, como en- su aspecto social, que es el derecho natural y concluyéndose se da la ley humana o derecho positivo, que es obra de la autoridad social que reconoce como fuente y- medida de su validez a la ley natural.

Precisamente el maestro citado para apoyar el fundamento del derecho natural, toma como fuente al conocido estagirita Aristóteles, que supone los atributos- del hombre como animal político, llamándola concepción sociológica del derecho - natural o naturaleza social del ser humano (29); y, es aquí donde podemos des- -- prender algo que nos interese y explique el contenido y el porque del derecho -- natural como inspirador del derecho positivo.

---

(27) García Maynez Eduardo, *Introduc., al est., del derecho*, p.40, Ed. Porrúa, S.A., México, 1978.

(28) Santo Tomás, *Sumas Teológicas*

(29) Aristóteles, *Animal Político*, Citado por Antonio Caso, p.130 y ss., *Obras Completas*, U.N.A.M., 1972.

Conociendo que el hombre como fragmento de un todo y por ser un sujeto biológico posee instintos primordiales, como pueden ser el instinto de conservación, -instinto de reproducción, instinto social, etc., como formas de una naturaleza - compleja, el hombre tiene el privilegio de una razón y una voluntad libre, por - que conociendo su estructura natural, formula axiomas que se ajustan a los crite- rios supremos rectores de la vida social, lo que el autor Hugo Grocio denomina - "instinto social del hombre", y que constituyen los primeros principios que son- inmutables, dada la unidad, supremacía y universalidad en el tiempo y en el espa- cio del derecho natural y teniendo en cuenta que el hombre no es el creador del- universo ni de su propio ser, habrá que suponer que el legislador siente la nece- sidad de identificarse con el autor del universo y de la naturaleza humana para- imponer un orden jurídico que representa a un sector del orden universal, en con- secuencia, el hombre podrá encauzar las fuerzas de la naturaleza, provocar las - causas, combinar los efectos, pero siempre apoyándose en las leyes que gobiernan el universo.

El derecho natural, desde luego, no se presenta como un aparato de soluciones sino que constituye directrices que envuelven las nociones de seguridad, justi- cia y bien común que darán por resultado una convivencia humana tranquila que--- produce precisamente el orden del derecho. Al respecto el maestro Preciado ---- Hernández, en su obra, cita lo que Renard considera del derecho natural, "como - una orientación con el propósito de elaborar un derecho positivo, la estrella en cuya trayectoria debe ejercitarse la voluntad humana, aplicada a la confección - de las leyes, de las sentencias, de los contratos..." acaba con un apuntamiento- a través de la siguiente metáfora: "Es el derecho natural para el jurista, como- la noción de lo bello, para el artista; lo bello no es una receta para fabricar- obras maestras, es como lo justo, un principio de discernimiento inscrito en la- naturaleza humana".(30)

Para finalizar este breve estudio, citaremos lo que Von Ihering aprecia al -- decir, que no es el contenido abstracto de las leyes, ni la justicia sobre un -- papel ni la moralidad de las palabras, lo que deciden el valor de un derecho. --

---

(30) Preciado Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, p. 240  
Eds. Universitarias, México, 1987..

Al respecto y para mejorar este planteamiento, podemos invocar el pensamiento -- de Hobbes acerca de que el hombre es malo por naturaleza, dado que es un ser --- hecho de deseos y destaca entre éstos, el deseo de poder que es perpetuo e inestable y que solamente cesa con la muerte. Así, en su forma natural, la vida humana es la serie incesante de conflictos de deseos, y el hombre, en su estado natural vive en una "guerra de todos contra todos", ya que los celos, las venganzas, las envidias y en si los conflictos del deseo existen potencialmente en todo --- tiempo y lugar. Para el pensador inglés el resolver estos problemas que impone este estado de naturaleza habrá de sustituir a él un estado artificial, hecho a base de la decisión de los hombres; es el famoso "CONTRATO SOCIAL" (31) de que habla Hobbes, consistente en que los ciudadanos de una nación transfieren sus -- derechos privados y los confieren a un gobernante, quién a su vez, garantiza el bien común de los ciudadanos.

Las ideas de Tomas Hobbes las tomamos para finalizar nuestro estudio acerca del derecho natural, diciendo que lo que existe de éste, son los fines racionales del hombre que no se proyectan plenamente debido a la multiplicidad de ---- deseos encontrados conjugados con una positividad o técnica positiva en una ley, sin llegar a establecerse la inspiración en los lineamientos del derecho natural para formar un derecho positivo, por lo que no cabe hablar del perfeccionamiento de un derecho positivo que nada tiene que ver con el derecho natural, ni tampoco del perfeccionamiento de un derecho natural carente de positividad.

#### DERECHO POSITIVO.

Con elementos tomados de diversos autores, nacionales y extranjeros, el derecho positivo, puede ser definido como: "El conjunto de normas que rigen en un -- lugar y en un tiempo determinado; contemplado como un producto convencional y -- contingente y que es formalmente válido".

Del anterior concepto, se desprende que los elementos que lo forman denotan, el siguiente significado:

Son normas concretas o personales, en virtud de que serán aplicables a un --- grupo de personas en una determinada sociedad. El autor Eduardo García Maynez -- consideraría, que es el ámbito personal y espacial de validez a la aplicación de

---

(31) Hobbes Tomas, Contrato Social, p. 48 Ed. Fondo de Cultura Económica, Mex.,

las leyes; de igual forma se habla de un tiempo determinado, que en el concepto del maestro, será el ámbito temporal de aplicación de dichas normas, envolviéndolo éste último término, la vigencia de las leyes (32), que está constituido por el lapso durante el cuál conserva su vigencia. Es precisamente el término vigencia que parece ser confundido con el positivo, usándose indistintamente para identificarlo, más sin embargo, es menester aclarar dichos conceptos. El derecho positivo, a decir de Du Pasquier, "es el conjunto de normas que rigen la conducta humana, que son impuestas por el Estado atendiendo a elementos sociológicos."

En otras palabras, diríamos que es la observancia actual de cualquier precepto aplicado en una sociedad determinada; por lo que toca al derecho vigente, éste es el sello PURAMENTE FORMAL a las reglas jurídicas, que son producto de costumbres, decisiones del Alto Tribunal de la República y de los trabajos de los legisladores. Apuntadas las anteriores explicaciones, resulta oportuno citar el caso que el distinguido jurista mexicano, ofrece en su obra, para establecer que el derecho positivo y el vigente a pesar de tener el mismo nacimiento, no tienen el mismo encaminamiento; dice que: "...las circunstancias de que una ley no sea establecida, no quita a ésta su vigencia, desde el punto de vista formal, ya que el precepto que no se cumple sigue en vigor, mientras otra ley no lo derogue, por el contrario, un ordenamiento que en ningún caso fuese obedecido ni aplicado, no estaría en realidad dotado de vigencia, aunque su sola existencia, implicaría la positividad de una ley.

Continuando con el siguiente elemento de la definición, diremos que es consecuencia de un producto convencional, ya que las normas del derecho positivo son cumplidas por los destinatarios de las mismas, ya sea porque se sometan a ellas voluntariamente o bien porque se les impongan por el Estado; y son contingentes, ya que el supuesto que prevee la norma o precepto del derecho positivo puede acontecer o no, observándose claramente, la positividad de dichos preceptos en el sentido de que acontezca o no el hecho que previene la ley ésta existe en actualidad, ya sea que se aplique en el momento, orden vigente, o bien quede en el aire, como formalmente válida, sin que llegue a la aplicación.

El último elemento que constituye la definición, es que el derecho positivo es formalmente válido, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido, apoyándose en que cuenta con medios coercitivos para imponerse a los

---

(32) cfr. op., citada, p.81 y ss.

rebeldes o sancionados.

Ahora bien ¿ De que nos vale comprender y analizar lo que es el derecho ----- positivo ? Contestaríamos, que de mucho, si consideramos lo que el también ----- brillante maestro universitario Rafael Preciado Hernández, nos ofrece en su obra al hablar de los factores que intervienen en la formación del derecho positivo, - acerca de los datos, que son los conocimientos teóricos que toma el legislador - para establecer un ordenamiento jurídico positivo, en los cuáles son importantes los siguientes:

1.- El conocimiento de las realidades físicas, biológicas, sociológicas, ---- económicas, y el de las leyes que las rigen.

2.- El dato histórico, que consiste precisamente en la historia misma de las - instituciones jurídicas, así cómo su desarrollo y evolución.

3.- El dato racional, que resulta el fundamental para apoyar nuestra posición en el presente estudio, al invocar "los principios del derecho natural" para --- dirigir las relaciones jurídicas de las personas, que constituyen los principios primarios y fundamentales del derecho.

4.- La síntesis, nos daría un cuarto dato, que sería el llamado por el ----- maestro Preciado, "el ideal" (33), en el cuál, los ideales o aspiraciones de las personas determinan el progreso o la decadencia de las instituciones jurídicas - positivas, más lo importante en este dato es el reproche que el erudito maestro - hace, al agregar diciendo, que tales ideales se fundan más que en razonamientos, en afecciones y en meras intuiciones llamadas simplemente corazonadas, que de -- acuerdo a la lógica de la vida varían con el tiempo y con la capacidad anímica - de los humanos, contraviniendo totalmente a los ya mencionados "primeros princi- pios del derecho, que descubre la razón y que son inmutables", dando por resulta do que el legislador no apoyándose en los datos ya descritos y auxiliados por -- los ineficientes, caducos y torpes aparatos de ayuda técnica legislativa, admi- nistrativa y judicial, establece un ordenamiento jurídico positivo lleno de pre- sunciones y ficciones que no responden a las exigencias de una sociedad que --- trata de ser respetada en un marco de derecho justo y digno.

Lo anterior nos da el atrevimiento de pensar que el derecho positivo, por ser racional y ser aplicado a una sociedad de gentes, debe estar fundamentado en los primeros principios que da el derecho natural, que procura la realización de los fines fundamentales de la convivencia humana; en caso contrario, estaremos ----

---

(33) cfr., op. citada p. 155

hablando de la positividad de una ley que está representada por una técnica elaborada por el Poder Público, que muchas veces cae en la contraposición al derecho natural, que contempla el principio del trato por igual en forma proporcional para todos, y por consecuencia, no satisface a todos ni siquiera a una minoría importante, traduciéndose esto en un dominación de la mayoría por unos ---- cuantos, en la cuál se impone la fuerza en las relaciones de hecho más no de --- derecho.

## LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO NATURAL.

### A.- ENFOQUE ANTROPOLOGICO.

El dedicarle un capítulo en nuestra investigación, al punto de vista antropológico tiene como finalidad, que entendamos como la misma antropología trata de mostrarnos la razón de ser de las relaciones entre padres e hijos, partiendo desde la explicación a la evolución natural de los hombres hasta adquirir a través de su conducta, una cultura que sea vasta como para enfrentar las duras relaciones sociales de los humanos.

Tomando en cuenta que es precisamente la Antropología la que se encarga de estudiar el "comportamiento de los seres humanos, en la participación que --- como miembros de un grupo social han adquirido; y más aquélla antropología -- cultural, que nos ofrece examinar el desarrollo del comportamiento humano en relación con el desenvolvimiento intelectual y moral del ser humano o del grupo humano". (34)

Por lo que una vez justificada la inclusión del apoyo de la ciencia antropológica en nuestro estudio, empezaremos por referir cómo dicha disciplina -- contempla las relaciones entre padres e hijos, destacando los elementos que -- intervienen en su formación y en tratar de conseguir su fortalecimiento.

El punto de partida lo encontramos precisamente en la diferencia más profunda que existe entre los seres humanos, que es el sexo; diferencia absolutamente natural, por lo que no podemos pensar dentro de un marco de normalidad y descontando que el hombre aparece como ser supremo entre los seres creados, que éste no se basta a sí mismo, sino que necesita de otros semejantes para desarrollar su personalidad y particularmente atendiendo a la diferencia del sexo, el hombre necesita a la mujer y ésta al hombre. Esta necesidad de un -- semejante complementario es el nacimiento de un valor entre los humanos que -- es el amor. Así, la unión del hombre y la mujer es la más valiosa forma de -- unión humana por las diversas finalidades que en su desenvolvimiento está implícito.

Teniendo en cuenta, que la unión de los sexos no es solamente física ni se limita a las satisfacciones propias de esta unión, sino que también tiene un-

---

(34) Enciclopedia Británica (Barsa), p. 351, t II, ENCYCLOPAEDIA PUBLISHERS, INC., México, Panamá, Río de Janeiro, Buenos Aires, Caracas, 1987.

carácter moral el que arroja dos finalidades; una inmediata, que es la felicidad de los consortes con ayuda mutua en todas las actividades; y, otra mediata, que aparece más bien como resultado de la primera y que es la procreación de la ---- prole, considerando al nuevo ser como la marca esencial de la unidad del hombre y la mujer en su unión; es decir, el hijo es la unidad de los esposos realizada y proyectada fuera de ellos; el hijo proporciona un objetivo a la vida, porque gracias a él hay algo que continúa cuando uno de ellos muere. Así, los antropólogos que estudian a la familia, consideran que la conservación de la especie, es la primera condición de toda perfección y de toda felicidad humana, por lo que es incompleta la unión de hombre y mujer que no se encamine al deseo de una obra común, por la que los esposos estén asociados en la creación.

De igual forma la Antropología destaca el proceso en el cuál un niño recién nacido, con un sistema nervioso incompletamente desarrollado, visión y oído limitados, movimientos escasamente coordinados y en su mayoría casuales y reacciones limitadas a unos pocos estímulos ambientales, se desarrolla hasta convertirse en un ser autónomo y capaz por sí mismo. Es precisamente a esta etapa, a la que los antropólogos denominan "enculturación", que no es más que el proceso que intenta la adquisición de habilidades, hábitos, comportamientos, normas, valores y ---- reglas sociales; considerando, que en cada persona existe una fuerza que impulsa a la lucha, tratando de hacerlos más aptos para la vida. Al respecto Marcuse --- apunta que "la evolución social del hombre va de una etapa en la que predomina - el instinto biológico del hombre", a la que el mencionado autor llama 'principio de placer', a otra en la que esos instintos han sido socialmente progresivos, -- fincado el 'principio de la realidad' (35); por lo que atendiendo a tales aseveraciones, podemos establecer que la renunciación instintiva lleva al hombre a -- desarrollar su razón, imponiendo un orden normativo que guía su vida.

Así, para el antropólogo Linton, el individuo forma una personalidad, como -- una norma compleja de facultades racionales, percepciones, ideas, hábitos, en -- base al resultado de los tres factores siguientes:

- 1.- Elemento biológico heredado;
- 2.- La acción de la cultura y del medio ambiente sobre la persona; y,
- 3.- El efecto de las experiencias, mediante la aceptación social. (36)

---

(35) Marcuse, citado por Jorge Sánchez Azcona, p. 58, Familia y Sociedad, Eds. Joaquín Mortiz, México, 1974.

(36) Linton, citado por Sánchez Azcona, Ob. citada.

El primer elemento aportado tiene una explicación esencialmente biológica, al destacar la genética, como factor de influencia en el carácter primario del ser humano a través de sus progenitores, lo que por constituir un hecho natural y -- por lo tanto inviolable, es indiscutible en cuanto a su consumación.

Sin embargo, donde empezamos a ver la acción de la cultura o del medio ambiente sobre el ser humano, es precisamente en su formación. Tratemos de ilustrar lo anterior.

El infante al nacer posee una personalidad mínima y una absoluta carencia de conocimientos, pero de manera gradual el niño empieza su adaptación social, primeramente identificando ciertos aspectos de su medio, así por ejemplo, si no es impedido para ello, pronto inicia la exploración de su propio cuerpo y sus posibilidades en potencia; con su medio ambiente, reacciona a la luz, al ruido, a la comodidad o a la incomodidad, aparece una necesidad de seguridad física en el -- menor, ya que las tensiones que sufre son aliviadas en la comida y en la evacuación, y, esas preocupaciones son las primeras asociaciones de ideas del niño con el medio, ya que en éste, empieza a identificar a determinadas personas, como es el caso de la madre, a quién en particular asocia con el calor, la comodidad, la atención, el amor, y por lo tanto, la relajación de tales tensiones; al padre lo identifica como alguien que juega con él, pero que no lo alimenta, pero lo protege también. Posteriormente el chico aprende a hablar de una manera inconsciente y su primer aprendizaje que es el lenguaje lo pone de manifiesto al relacionarlo y utilizarlo con las personas que están en constante contacto con el menor, es -- decir, generalmente, con el grupo filial, compuesto por sus padres, hermanos y -- un número variable de otros familiares; así, las primeras palabras que el niño -- aprende, son las que debe emplear para dirigirse a cada persona en demanda de -- algún satisfactor para su necesidad momentánea. En otra secuela de la primera -- formación del menor, se encuentra el de adquirir el movimiento por sí mismo, el caminar por su propia cuenta, manejando impulsivamente sus pasos hacia la exploración de las cosas que lo rodean y a la busca de la protección de las personas -- que él ya ha identificado como las más aptas para otorgársela.

Es claro que aún cuando el menor no puede expresarse todavía, surge en él una interrogante ¿Cuál es el comportamiento que espera de los demás? Lo más deseable sería el de esperar de los adultos, llámense padres en primer término y de -- las demás gentes en forma posterior, un apoyo y una absoluta aceptación a las -- primeras manifestaciones del infante, ya que potencialmente hablando está adquiriendo una substancia de cultura; pero sabiendo de la poca cultura y madurez de

de nuestra gente, incluso la misma idiosincracia del mexicano, es de esperar, -- que la reacción que tienen para con el niño, sea la de ridiculizar al menor por sus errores de lenguaje, al grado de que un niño de escasos años cuenta ya con un abundante repertorio de palabras inadecuadas y vulgares que en nada contribuyen a una auténtica formación y sí le producen graves daños ya que lo hacen --- incurrir en inseguridades, agresividades y falta de adaptación social. Aún más, se observa cuando el menor sabe andar y cuidarse por sí mismo, en ocasiones, --- sólo sirve para hacer mandados, recibiendo órdenes de cualquier adulto y se va incrementando la realización de tareas más penosas; con tales actitudes, los --- menores se desarrollan más pronto de lo esperado, y por consiguiente desatan su rebeldía buscando los modos de rehuir las obligaciones poco gratas.

Ante tales situaciones, valdría la pena detenerse un poco, para meditar lo -- que Freud sostenía, al decir que: "El hombre no es un ser bondadoso por naturaleza, todo lo contrario, es un ser agresivo que ve a sus semejantes como enemigos en potencia, de los cuáles tiene el temor de ser explotado, usado, humillado robado, etc., así que ante la amenaza de su desintegración, la sociedad tiene -- que crear sus propios medios de defensa por medio de la represión..." (37)

Observan los antropólogos, que con dichas actitudes de parte de los adultos, se ha alejado del estado ideal que debería regir las relaciones entre los padres para con sus hijos, a efecto de poder tener la aceptación social y continuar con un mejoramiento en la cultura de la familia moderna.

Los mismos estudiosos destacan que al formarse a los menores de acuerdo con ciertos valores, unas actitudes y normas de comportamiento que ellos, al crecer, descubren la cultura que deben tener en sus relaciones con los demás miembros de su esfera social. (38) En una sociedad tan plural como la actual, los menores y los jóvenes, se encuentran frente a un gran número de comportamientos alternativos, viéndose en la necesidad de elegir el papel que desean representar. Así el menor, también puede saber ¿ Qué comportamiento se espera de él ?

Apoyándonos en estudios antropológicos, contemplamos que en la mayoría de las culturas, que son diametralmente opuestas a las urbanas, el niño comienza a una edad muy temprana a emular a sus padres, aprendiendo sus conductas, costumbres y hasta sus desaciertos; así tenemos por ejemplo, a un niño tarasco a sus cinco o seis años acompaña a su padre a los campos o a los bosques; en un principio, ---

---

(37) Freud Sigmund, *Sicoanálisis*, Breviarios, Fondo de Cultura Económica.

(38) Ralph L. Beals, Harry Hoijer, *Introducción a la Antropología*, p.

Traducción del inglés por Juan Martín Ruiz-Werner, Aguilar Eds, Madrid 1978

puede simplemente dedicarse a guardar la manta de su padre, mientras este trabaja con el arado; antes de la adolescencia, puede ir sólo a buscar leña; a sus catorce años, es capaz de trabajar una jornada entera conduciendo una yunta de bueyes y un arado. Todo esto acontece bajo la dirección de su padre. -- Normalmente, mientras los hombres de casa trabajan en las faenas duras del -- trabajo, las mujeres, la madre en primer término, acompañada de sus hijas, -- realizan las labores domésticas, dándose tiempo incluso de llevar los alimentos a los que están trabajando en el campo. Así al llegar a la adolescencia, -- ambos sexos han adquirido una considerable habilidad y dominio de las técnicas básicas para ganarse la vida o dirigir una casa, así como el reafirmar -- valores fundamentales en las personas con quienes trata, por lo que la transición a la plena participación en las actividades de los adultos, es un privilegio arduamente esperado, y cuya conquista se emprende bajo la guía amistosa de los mayores.

## B.- ENFOQUE SOCIOLOGICO.

La importancia sociológica de nuestro estudio la hacemos consistir en la existencia de instituciones que aparecen como elementos que intervienen en la relación entre padres e hijos. Por tanto, resulta indispensable citar las dos categorías sociológicas concebidas por Tönnies para configurar a tales instituciones.

El citado autor trata acerca de la "COMUNIDAD Y LA SOCIEDAD" (39), entiende por la primera, al organismo producto de la naturaleza, en la que, en su creación no ha intervenido la voluntad del ser humano, sino que, el individuo ya forma parte de una comunidad, movido por impulsos naturales. Por lo que respecta a la segunda de las nombradas, o sea la sociedad, dice que es un conjunto de individuos en interacciones que obedecen a una voluntad individual propia en la realización de sus fines.

Es precisamente en la comunidad donde ubicamos a las instituciones primarias y fundamentales del hombre y sus congéneres, que son la familia, el Estado, la iglesia, entre otras.

En orden de importancia, empezaremos por referirnos al primer grupo definido de una comunidad, que es la familia. Así tenemos que la lógica nos indica que la naturaleza humana exige para subsistir y desarrollarse como hombre racional, la existencia de la familia; que ésta se formó precisamente con la primera pareja humana, constituyéndose así el primer grupo social suscitado por la naturaleza, por los hechos de la generación y las subsecuentes a ésta. Podemos afirmar incluso, que la familia es una sociedad natural, que no fué creada por el hombre y -- menos por el Estado, por ser anterior a éste; por lo tanto, dicha institución -- familiar por derivar de la naturaleza humana no necesita de ninguna justificación, ya que no está en cuestionamiento su existencia.

De una manera general, la familia es considerada como una institución biopsíquica y social; y, es precisamente en el desglosamiento de sus elementos, donde comprenderemos el porqué de tal concepto.

El hombre forma parte de una sociedad animal, con características biológicas comunes a las de los animales, como puede ser el caso específico de la procreación, es decir, el de la continuación de la especie; sin embargo, en una pareja humana, la relación sexual deberá ser lo suficientemente precisa y duradera para (39) Tönnies Ferdinand, Principios de Sociología, p. 12

proveer a la procreación y sobre todo a la crianza de los hijos, brindándoles a éstos todos los bienes corporales y espirituales necesarios para una vida ordenada. Se debe tomar en cuenta, además, que la familia es por excelencia el principio de la continuidad social y de la conservación de las tradiciones humanas y, por ende, constituye el elemento conservador de la civilización.

Con lo apuntado anteriormente, contemplamos a la familia, como una vida ---- conjunta de los cónyuges y nacimiento de los hijos, representando un ambiente -- natural donde el ser humano debe encontrar la plena realización de sus expectativas; pero si realizáramos un estudio detallado de los papeles desempeñados por la pareja familiar, nos daría el siguiente resultado:

### EL PADRE.

Generalmente y de una manera normal suele ubicársele como el centro donde --- gira la actividad económica y social; trasmite los valores filosóficos, morales y religiosos a la mujer y a los hijos; es el consejero natural de los hijos, respecto a las grandes circunstancias de sus vidas, como son: educación, carrera, matrimonio, entre otras, prevaleciendo dicha opinión sobre los demás miembros. -- De acuerdo con su ocupación y con el monto de sus ingresos determina la clase -- social a la que van a pertenecer él y su familia.

Desafortunadamente, lo antes expuesto se ve en peligro de que así transcurran tales sucesos, porque habrá que considerar también que el "esposo y padre" por estar dentro de una estructura socioeconómica compleja, lo obliga la mayoría de las veces a una permanente y constante lucha en el mercado de trabajo y a largos desplazamientos hacia los centros de trabajo; o bien a ocuparse de otras actividades para complementar satisfactoriamente el ingreso económico para los suyos, por lo que, dichas instituciones, hacen que llegue a su casa con una destabilización emocional, y pasa en ella un mínimo de horas, que utiliza siempre para ---- tomar sus alimentos, reponer sus energías y preparar lo indispensable para el -- siguiente día de trabajo; dejando en segundo plano a la familia. Se ha tenido -- conocimiento de que con esos factores, lamentablemente, se pierde la comunicación con la familia y el mutuo interés que debiera haber entre sus miembros desparece; incluso el padre se vale actualmente de los comerciales televisivos para encontrar los satisfactores que en otras circunstancias buscaría ampliamente, - en compañía de su esposa y sus hijos.

Resulta, por tanto, aconsejable para el padre, la jerarquización de valores, modificación de hábitos, fortalecimiento de espíritu, para poder invertir mayor tiempo dentro del hogar, con la absoluta participación de su consorte y de los hijos. Hay que recordar y tener presente que en el problema de la familia, especialmente la urbana, no es la supervivencia física la que se busca, sino la --- espiritual, teniendo en cuenta siempre el beneficio a la descendencia.

#### LA MADRE.

Este personaje viene a representar el centro afectivo del grupo familiar, la seguridad emocional, la comprensión para los miembros y en muchas ocasiones, se convierte en la administradora, tanto en lo económico como en lo moral. En dicho concepto, ubicaríamos a la familia típicamente tradicional; sin embargo, el ritmo de la vida moderna, con la consecuente conflictiva social que alcanza a la -- mayor parte de las familias mexicanas, da como resultado que el papel de la +--- madre, sea contemplado en diversas facetas. Así tenemos, que la mujer, en la --- familia, puede localizársele en los siguientes supuestos:

1.- ESPOSA Y MADRE TRADICIONAL, que abarca las siguientes características:

- a.- Posee autoridad afectiva reconocida, que implica demandar fidelidad al -- marido, al que le ha dado hijos, como principal obligación, presuponiendo hacia ella una actitud de gratitud, de respeto y de correspondencia emocional de los - hijos y del marido;
  - b.- Derechos y privilegios reconocidos unánimemente, por padres e hijos, a la labor que desarrolla como el blasón de la organización familiar doméstica;
  - c.- Obligación de la formación de los hijos, con los que convive la mayor --- parte de su tiempo;
  - d.- Dirección total del hogar, tanto en lo económico como en los detalles --- mínimos que ofrezcan a la familia cierta comodidad; para tal caso, se constituye en una verdadera prestadora de servicios domésticos;
  - e.- Al igual que los hijos, depende económicamente del marido;
  - f.- Debido a que las labores del hogar y el cuidado de los hijos, la ocupa la mayor parte de su tiempo, se ve limitada a cualquier actividad de tipo socioeconómico y cultural.
-

2.- ESPOSA, MADRE Y COMPAÑERA, es el carácter que observa en las clases acomodadas de nuestra sociedad, y que ofrece, además, las siguientes peculiaridades:

a'.- La esposa busca con su presencia fortalecer el papel social de su marido;

b'.- Comparte diversiones con el esposo y afirma la personalidad de éste, --- cuando es objeto de admiración, pues generalmente tiene que conservarse atractiva puesto que en ésta relación, el aspecto físico de la mujer es altamente valorado;

c'.- Dedica una parte importante del dinero que recibe, al lucimiento del --- hogar, realizando reuniones sociales, con el fin de cultivar permanentemente relaciones sociales ventajosas para el esposo, ya que en la medida que él se encuentre bien relacionado socialmente, su familia disfrutará de la comodidad de esa -- posición;

d'.- Con respecto a los hijos y tomando en cuenta las anteriores posiciones,-- se observa que los hijos corren paralelamente a la permanencia de ese renglón --- social; la principal finalidad para los hijos, es ir formando en ellos una personalidad social fuerte, tomando en consideración su futuro papel dentro de esa --- sociedad.

3.- ESPOSA, MADRE Y COLABORADORA, papel que trae aparejado riesgo para la familia ya que, en caso de que la pareja no haya madurado, puede ir al fracaso, ya que en éste rol, se crean ventajas y desventajas. Pasemos a observar las situaciones --- donde aparece la madre como colaboradora del hogar conyugal:

A.- La esposa dedica una parte muy importante de su vida diaria a un trabajo - que puede ser remunerado fuera del hogar; representa, por tanto, un aspecto muy - importante dentro de los ingresos económicos familiares; por lo que es considerada en igualdad de condiciones al marido;

B.- Las decisiones que toma son comunes en los renglones de compras, ubicación de la casa, trabajo del esposo, selección de las escuelas para los hijos y sobre- todo, a la decisión de procrear o no hijos;

C.- Debido a que la esposa se convierte en colaboradora del padre para el sostenimiento económico del hogar, aquélla ocupa gran parte del tiempo del día, ocasionando con tal situación, que los hijos sean encargados a los abuelos maternoso paternos, o bien, sean llevados a guarderías, cuando aquéllos sean muy pequeños o en una edad más avanzada, acuden a la escuela y esperan a alguno de sus padres-

hasta que salgan de sus respectivos trabajos y pasen por ellos; o bien llegan a casa sólo a esperar a sus padres. También suele suceder que la madre contrate los servicios de una persona que se ocupe de las necesidades de los hijos, mientras ella y su marido llegan a casa, siempre con el cansancio natural de la jornada laboral que han desarrollado.

En la sociedad urban industrial existe la certeza de que este tipo de mujer familiar se incrementa, ya que estadísticamente está comprobado que la mujer está ocupando el 40% de los empleos. (40)

El hablar de la esposa y madre ideal sería tanto como negar la realidad de la vida, sin embargo y aunque suene muy trillado, con la combinación de los roles de la mujer en la familia, acaso se estaría buscando un equilibrio que resulte benéfico ya no tanto a los cónyuges, sino a su prole, teniendo en cuenta sus próximos papeles como padres. El equilibrio a que nos referimos, lo encontramos en la misma base que señalamos para el status paterno; es decir, en la jerarquización de valores y en el sacrificio de algún tiempo de un modo material, para el cambio de un fortalecimiento espiritual, en beneficio de los hijos y también para los mismos padres, pero sobre todo para una unidad familiar.

En el caso específico de la esposa y madre, no olvidar el alto símbolo que tiene para los hijos y para el marido, idealizada como la fuente creadora de la vida física y moral de cada uno de ellos.

### LOS HIJOS.

Teniendo en cuenta que tanto la paternidad como la maternidad, son actos eminentemente culturales; independientemente de su origen en donde la necesidad de la satisfacción física, como imperativo para la existencia de cualquier organismo, ha trascendido como mero aspecto biológico, dando lugar a lo emotivo y social en la formación de una familia, donde los esposos -unidad familiar-, se convierten en padres -entidad colectiva- a través de la fecundidad como un fin y no como un resultado, ya que en caso contrario, consideraríamos al producto como algo extrínseco a la unión conyugal; que se estaría investida de prejuicios y convencionalismos sociales, como podrían ser el hecho de mostrar al mundo que uno es capaz y muy hombre o mujer, en su caso, para engendrar hijos, o bien, darle gusto al abuelo para que conozca a sus nietos, sin tomar en cuenta las to

pezas de la pareja de comprometer una vida en formal casual.

Definitivamente el supuesto anterior es reprochable, desde cualquier punto -- que se le vea, ya que el hijo es fruto y obra de sus padres, quiénes son los autores responsables. Por su parte los hijos, son naturalmente agradecidos con los seres que les dieron la vida, pero sobre todo, tienen derecho a que les aseguren ciertas condiciones de desarrollo y bienestar.

Resulta innegable que para poder cubrir tal necesidad, el hijo en su crecim-- miento y formación, reclama el tener a sus padres unidos, para recibir la doble- influencia del padre y de la madre en forma homogénea, de tal manera que el niño no pueda imaginar o notar diferencia alguna entre sus padres, que no sean más -- que las naturales; esto es, que los padres deberán convivir en forma permanente- y no transitoria. No hay que olvidar que la personalidad individual concreta de- los hijos se va formando en una gran proporción dentro del ambiente familiar, y- sobre todos los aspectos de éste. Así tenemos que recordando nuestro enfoque --- antropológico, se observa que los cimientos del desarrollo emocional se dan en - el primer año de la vida de los niños, éstos nacen con cierta capacidad para --- responder positivamente a otro ser humano; así, observan los antropólogos, que - tras la primera semana de la vida de un niño fija la mirada en el rostro que se- le acerca, pero no en un objeto inanimado, a las cuatro o cinco semanas la mira- da suele ir seguida de una sonrisa o de una gárgara, las manos del niño se tien- den hacia quién le está dando de comer, y, para el cuarto o quinto mes, se da un reconocimiento definido de un rostro familiar, una carga de excitación a través- de todo el sistema muscular acompaña a la sonrisa de saludo; a partir de este -- tiempo, es notoria una búsqueda y un tender de brazos definido hacia la persona- más familiar.

De lo anterior transcrito es de observarse que el ambiente de afecto que el - niño tenga desde su primera edad y las atenciones que le prodigen, constituyen-- excelentes estímulos biológicos para su salud. Es necesario señalar que un fac-- tor cuya influencia habrá de perdurar a lo largo de la vida del ser humano, es - el monto y la calidad de la respuesta emotiva que tenga de sus padres.

Concluiríamos nuestro comentario respecto a los hijos, en el sentido de que - los padres, así como deben tener antecedentes de madurez física, psíquica y --- social al momento de contraer matrimonio o de comprometerse en una relación --- libre, deberán tenerlos de igual manera, al decidir sobre la procreación. Es --- decir, con esa plena convicción acerca de lo que significará la paternidad y la- maternidad se estará buscando un ajuste que permita a los futuros hijos entrar -

en un ambiente de protección física, de seguridad emocional y de plena integración social, adecuadas para que logren crecer al máximo las potencialidades hereditarias que tienen, y en su oportunidad, mejoren el papel de sus padres, donde el resultado sea un mundo mejor equilibrado en las relaciones de los seres que lo componen.

Con esas óptimas condiciones para los hijos, por parte de sus padres, resultaría sencillamente un efecto en los hijos; el hecho de que cualquiera que sea su edad, mientras vivan en casa de sus padres, deberán aceptar el régimen de vida que éstos han establecido en el hogar. En éste supuesto, objetivamente se estará dando un deber de obediencia que los hijos tienen en forma correlativa a la autoridad de los padres, en donde abarcan cuestiones que afectan a la educación y al orden del hogar. Cuando todo esto transcurre armoniosamente, jamás representa -- una carga para ambos lados. Ahora bien, tomando en cuenta que progresivamente el hijo se separa de sus padres, ese deber de obediencia que rigió sus relaciones, pasa de afecto y respeto para toda la vida hacia ellos; y es ahí donde se justifican las reglas de la ley natural.

#### EL ESTADO.

Recordando nuestras clases de Teoría General del Estado en las que los maestros concebían al Estado como "una colectividad organizada; en donde dicha colectividad está compuesta de la formación de grupos desarrollados que crean nuevas estructuras y formas sociales, que tiene un territorio determinado, lo que resulta obvio, como se ha señalado anteriormente. En esa virtud no se acepta la teoría del aislamiento de los individuos, ya que a éstos se les encuentra siempre agrupados, buscando la satisfacción de sus necesidades o el logro de sus finalidades. Así podemos observar que en la necesidad de reproducirse, se crea la familia, estableciendo los vínculos de sangre de los primeros grupos. De ahí que no podemos más que reconocer la razón que preconiza el autor Bodino al señalar a la familia como "la verdadera fuente y origen de toda la República y miembro principal de ella". (41)

De lo anterior podemos desprender que la unidad humana del Estado, es la familia, como célula primitiva del pueblo; en efecto, el proceso histórico muestra--

---

(41) Bodino Juan, citado por Andres Serra Rojas, p. 350, Ciencia Política, Ed. Porrúa, Méx. 1978.

que la FAMILIA fué el antecedente inmediato de la autoridad política de la comunidad, y ésta no es más que el precedente del Estado moderno, y que ambas, familia y Estado son las dos instituciones naturales necesarias para la ordenada con vivencia humana.

Es indiscutible el derecho natural que tiene el hombre y la mujer para formar una familia, pero es menester señalar que las exigencias del orden natural y que alguna de ellas no son del todo precisas en cuanto a sus aplicaciones, ya que -- habrá que tomarse en cuenta factores biológicos, sociales, económicos y hasta -- políticos.

Observamos que el Estado como custodio del bien común cumple su misión protegiendo las instituciones que favorecen el desarrollo de los hombres y tomando en consideración que la familia ocupa el primer lugar de esas instituciones que el Estado debe proteger y favorecer, es por lo mismo, imprescindible su existencia; y por ello también, aunque el legislador en un principio confía en los protectores naturales del hijo, ésta presunción sólo se excluye en determinadas circunstancias calificadas de graves y delicadas para las relaciones familiares, ----- comprendiendo en éste concepto, las relaciones de padres e hijos.

Hay que tomar en cuenta, que la intervención del Estado está encaminada prime ramente a proteger que las leyes fundamentales de la naturaleza no sean abiertamente lesionadas, evitando el ejercicio abusivo de la potestad de los padres o - bien supliendo las omisiones que se produzcan por el incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad.

En un principio la familia no puede desenvolverse sin un reconocimiento ----- social que consagre el vínculo que une a los consortes entre sí y a los hijos -- con sus padres; ya que no hay que olvidar, que la personalidad social del hombre viene determinada ante todo por la descendencia o la ascendencia; el niño no --- tiene ante la sociedad más personalidad propia que la de ser hijo o hija de tal o cuál persona. De esta forma observamos que el primer interés que tiene el --- Estado, es el de guardar las condiciones de capacidad o moralidad en las relaciones de las personas; así tenemos por ejemplo, que se tiene que limitar los grados de parentesco que hacen imposible el matrimonio, determinar la edad a partir de la cuál el hombre es capaz no sólo física, sino también moralmente para ----- fundar un hogar, descontando desde luego, la posibilidad que ofrece a sus ciudadanos para asegurar la facultad que tienen para formar la personalidad de los -- hijos.

Estos factores reales hacen que el Estado resuelva dicha necesidad de estable

cer un orden, una seguridad y sobre todo un respeto a la debida formación de sus componenetes, por lo tanto, el legislador se encarga de tomar en cuenta esas --- situaciones para regular los actos naturales de las personas; sin querer adelantarnos al capítulo de la patria potestad en el marco del derecho positivo, mosttraremos cómo dichas situaciones han sido previstas en nuestras leyes.

"EL VARON Y LA MUJER SON IGUALES ANTE LA LEY. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la - familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera -- libre, responsable e informada sobre el número y- el espaciamiento de sus hijos... Es deber de los- padres preservar el derecho de los menores a 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 ins- tituciones públicas". (Art. 4º Constitucional)

Es clara la intención del Estado de proteger a la familia, como el elemento - humano, garantizando la libertad de sus miembros, en la posibilidad de ofrecer - en sus instituciones un apoyo importante para la familia con la finalidad de que obtengan los propósitos de una mejor convivencia, tal como lo veremos más adelan- te.

Así desde el primer momento de vida de un ser humano, éste entra en la protec- ción que le brindan las leyes que regulan las relaciones sociales de las perso- nas y el Estado es el encargado de dar ese reconocimiento de seguridad y protec- ción; observemos en seguida las hipótesis previstas en nuestro Enjuiciamiento -- Civil, para entender, lo antes dicho.

"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". (Art.2º C.C.)

"Tienen la obligación de declarar el nacimiento, el padre y la madre o cualquiera de ellos, a falta de éstos los abuelos paternos y, en su defecto, los --maternos, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél... Recibido el aviso, el Juez del Registro Civil tomará las medidas legales que sean necesarias a fin de que levante el acta de nacimiento conforme a las disposiciones relativas." (art.55 C.C.)

De igual manera el Estado contempla el constituirse como sustituto y sobre todo como resguardo a la contravención de una ley natural, como sería el hecho del abandono de los hijos, por parte de los padres, desde el nacimiento de ---- aquéllos.

"Toda persona que encontrare un recién nacido o en cuya casa o propiedad fuere expuesto alguno, deberá presentarlo al Juez del Registro Civil...y declarará el día y lugar donde lo hubiere hallado. Asimismo las demás circunstancias que en su caso hayan concurrido, dándose además intervención al Ministerio Público". (Art.65 C.C.)

"En las actas que se levanten en estos casos, ---- expresarán con especificación todas las circunstancias que designa el artículo 65, la edad aparente del niño, su sexo, el nombre y apellidos que se le pongan . (Art.58 C.C.) y el nombre de la persona o casa de depósitos que se encargen de él". (art.67-C.C.)

En el mismo acto de que los menores abandonados estén en otras manos distintas a las de sus padres indignos, la ley ya está previniendo tal situación y por lo tanto provee de una figura de protección y salvaguardo para esos menores despro-

tegidos, como lo es la tutela, misma que se desempeñará con intervención del --- Estado representado por sus órganos jurisdiccionales, como son los jueces familiares, y organismos tutelares y de vigilancia, como es el Consejo Local de Tute las, sin olvidar otras instituciones que tienen asistencia social, como pueden ser la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal u otros organismos del Departamento de esta Ciudad de México.

Concuerdan con los principios expuestos, los artículos 449, 454, 492, 496, -- 497, 500, 501 y relativos del Código Civil para el Distrito Federal y Acuerdo -- No. nueve dictado por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal.--- (42)

Posteriormente a los primeros años de vida del menor, se contempla la ayuda - del Estado, cuando éste hace presión por obligar a la familia a utilizar alguna- de las instituciones que le ofrece o bien cuando se le impone como estrictamente obligatorio. Así tenemos las siguientes situaciones.

El Estado subroga en cierta medida a los padres en la función de protección - directa a la integridad física, como pueden ser las campañas de vacunación inten tadas por la dependencia del Estado que se encarga de cubrir las necesidades de salud, en cumplimiento a las medidas más elementales de sanidad para su pobla--- ción. De igual manera y teniendo en cuenta la vigencia de los tiempos en donde - se ofrece la alternativa de una paternidad responsable y deseada, a través del - control natal, ya que en consideración a la teoría Malthusiana, siempre será --- mejor la concientización de los padres de poder dar mejores atenciones a un núme ro reducido de hijos, y esto lo hace por medio de las instituciones del Estado o de organismos paraestatales que dan el servicio gratuito a sus ciudadanos, acerca de los dos aspectos tratados; la vacunación y la orientación al control de la natalidad. De igual forma, estas situaciones son recogidas por normas elevadas a Garantías Individuales.

"... Toda persona tienen derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modali dades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las Entidades Federativas en materia de salubri dad general..." (Art. 4º Constitucional)

Aunque lo anterior no deja de ser un bien intencionado, desgraciadamente sufrimos el atraso del órgano político y de sus estructuras, ya que solamente en este renglón se ha ido avanzando de una manera lenta, a pesar del enorme número de médicos que egresan de las Universidades y de los Institutos Superiores, pero que no encuentran apoyo ni oportunidades para atender esas necesidades.

Es una función tan fundamental para la familia como para el Estado mismo, ya que tiene un doble carácter, por una parte imperativa, ya que impone como obligación el de dar educación a los hijos, tanto por parte de los padres como del Estado y correlativamente el derecho de recibir una conveniente educación.

De esta manera destacamos que el bien común exige que los padres eduquen a sus hijos, porque son sus educadores naturales, sin embargo a medida que la civilización se desarrolla, las exigencias de la educación se hacen más numerosas y los padres no tardan en mostrarse incapaces de bastarse para cubrir toda la educación por lo mismo, en la medida en que las familias no pueden lograrlo por sí mismas, ha de intervenir el Estado favoreciendo el ejercicio de ese derecho proporcionando ayuda a los padres para cumplir esa misión, ya que no hay que olvidar que el aspecto principal de la potestad de los padres sobre los hijos continúa siendo la potestad de la educación.

Observemos que en todas las sociedades, el Estado va tomado de la mano con los padres en cuanto a lo que hace a la educación ya que ésta es un proceso continuo que empieza con el nacimiento del niño y prosigue con mayor o menor intensidad a lo largo de la vida entera del individuo, ya que en virtud de este proceso la persona aprende los usos de su cultura y llega a participar en ella. Ya que resaltamos la enorme importancia de la educación en la familia, concretamente en el menor como receptor, se nos ocurre oportuno presentar dos aspectos que son señalados como función propia del Estado mismo y ya no como colaborador de una familia.

La corriente estatista que defiende el interés del Estado de formar un buen ciudadano más en su población, señalando que cuando se pierden de vista los derechos y los beneficios de la familia, no se ve ya en el niño más que el ciudadano, en una forma potencial, por lo tanto, si no tiene otra razón de ser, es lógico que los dirigentes de la colectividad reglamenten su educación y que incumba al Estado el deber de educarlo para hacer de él un buen ciudadano.

Si observáramos detenidamente lo esencial de lo anotado, quizás nos daría la impresión de estar hablando en posición de un tono socialista; más no es cierto, incluso para sostener tal negación, citaremos lo que al respecto concibe esta

corriente, en un intento frustrado: "La doctrina socialista no acepta el fundamento que existe en la sociedad burguesa, al considerar al hijo como propiedad de sus padres - citando inclusive la tan trillada frase ¡ mi hijo ! que implica no sólo un sentido familiar, sino que significa el derecho de los padres a educar a sus hijos -, más bien el socialismo consiente la posición de que ningún ser pertenece a sí mismo, sino que pertenece a la sociedad, al linaje humano, ya que es sólo gracias a la existencia de la sociedad que los individuos pueden vivir y desarrollarse, luego el niño pertenece no sólo a sus padres, sino también a la sociedad gracias a la cuál puede vivir". De igual forma piensan Buckharin y Preobrayensky al decir: "... por cada centenar de madres, solamente una o dos son capaces de ser educadoras. El futuro pertenece a la educación social, este sistema de educación permitirá a la sociedad socialista educar a la generación futura con el máximo éxito y con el tiempo y esfuerzo mínimo. La educación social no es necesaria sólo desde el punto de vista pedagógico, tiene también notables ventajas económicas, puesto que centenares de miles de madres se verán así libres para la producción y para el desarrollo de su cultura personal; de esa forma quedarán descargadas del trabajo embrutecedor del hogar y de la infinita cantidad de ocupaciones pueriles que llevó consigo la educación familiar de los hijos..." (43) Aunque en cierta medida podemos considerar de tal doctrina algo bueno no es el caso en nuestra sociedad ya que habría que imaginar con la naturaleza de nuestros habitantes en esas condiciones les sería fácil "arrojar la toalla" y dejar en manos del Estado a sus hijos para continuar su folclórica conducta de conquistadores y de sementales. En un principio más bien invocamos esta corriente estatista para resaltar el Estado como custodio del bien común y quién tiene la obligación de asegurar al niño el respeto de sus derechos a través de la educación que les proporcione. Esta idea está consagrada en nuestra Ley Fundamental que recoge tal derecho del gobernado como una Garantía Social y derecho fundamental.

"La educación que imparta el Estado - Federación, Estados, Municipios - tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él... C) Contribuirá a la mayor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, juntó -

---

(43) Buckharin y Preobrayensky, A, B, C, del Comunismo

con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres...VI. La educación primaria será obligatoria..." (Art.3º Constitucional)

De lo anterior desprendemos varias conclusiones respecto a la intervención -- del Estado al proporcionar la educación a los menores, entre las cuales estarían las siguientes:

a.- Actualmente con el resquebrajamiento de valores y de confianza en las personas que dirigen el destino del país; la escuela ha quedado como el centro donde la enseñanza se convierte en una mera información simplificada y vulgarizada por la rutina y tradición;

b.- Por otro lado, la actitud de los padres que creen que educar es una función exclusiva de los colegios y por lo tanto, su obligación se circunscribe a imponer normas generales de conducta dentro de la casa y a mantener un apoyo --- económico, sin que estén aptos para transmitir o bien no quieren transmitir --- ningún grado de cultura a sus hijos;

c.- En vista a lo anterior, en la escuela no existe una relación interdisciplinaria entre las verdaderas necesidades biopsíquicas, sociales y culturales -- del educando, por desconocer realmente la esencia misma del infante y su origen sociofamiliar;

d.- Hay que reconocer que los sistemas educativos actuales se hallan poco --- desarrollados y por lo mismo, esa función es realizada por individuos y grupos - en donde se observa que los maestros están escasamente preparados o que son im--- provisados; en una palabra, semiprofesionales.

e.- Como resultado de lo anterior, la mayor parte de la educación de los menores procede de su familia, de sus amigos y compañeros de edad, debido a que los medios de comunicación social son casi inexistentes y, en gran medida la educación es un proceso inconsciente que no siguen normas previamente determinadas, - por eso decimos que el niño que el niño y el joven aprenden educación y subcultura más por participación que por sistema idóneo de transmisión cultural.

f.- Ahora bien, en consecuencia de todo lo anteriormente señalado no hay que pasar por alto que, cuando se trata de familias de clase instruida y acomodada, la misión de educación y atención queda reducida a muy poco, los padres saben -- tan bien como el Estado, lo que deben hacer por sus hijos y al disponer de esa -- preparación, tanto cultural como económica, lo hacen en la consideración que al -- término de esa educación y preparación continuarán con un espléndido linaje y un buen cúmulo de oportunidades.

Pero cuando se trata de familias menos instruidas, en nuestro país aún ni lo -- gramos acabar con el analfabetismo, y con presiones de tipo económico y emocio -- nial y que incluso forman la mayor parte del país, lo que va a suceder es que sea el Estado el que asuma el papel de conductor y director de la educación de los -- hijos. Por lo que sería necesario considerar que tal aspecto es tan importante -- por venir a suplir las carencias intelectuales, morales y económicas de los pa -- dres y por tanto, la educación formativa que ofreciera el Estado fuera del más -- alto nivel de calidad e igualdad de condiciones como las mejores instituciones -- privadas; desgraciadamente acontece lo contrario, se advierte enseguida, una es -- tructura burocrática llena de favoritismos y compadrazgos que llenan el ambiente de la magistratura de la educación de elementos carentes de preparación profesio -- nial en la materia, la falta de instalaciones apropiadas, carencia de regulación y calificación de las personas encargadas de apoyar las decisiones de los meno -- res de superar su medio ambiente para encaminarse a una vida más calificada. -- Así la idea de que el Estado se convierta en un apoyo de los padres en la forma -- ción de los hijos se queda en el camino por las razones expuestas, y porque ---- sencillamente no existen los elementos humanos y materiales para tal finalidad, -- y lo único que se logra es que la educación se retrase y llene de confusiones al educando;

g.- Por lo que el apoyo buscado por los padres que sufrieron de gozar de una -- oportunidad del Estado, ahora en sus hijos también lo resenten, ya que aquéllos son objeto de desconsideraciones, al no ser debidamente informados de las oportu -- nidades existentes en la educación, y cómo lograrlo si ya su medio lo ha vuelto -- negligente y egoísta, por falta de comunicación social que los prepare para ---- orientar a sus hijos en ese aspecto;

h.- Pero como nuestro estudio no trata de una sociología de la educación y -- cualquiera otra observación resultaría un tanto aventurada, será menester alber -- gar la esperanza de que los especialistas en esa materia logren con un valor de -- honestidad superar ese grave problema de nuestro pueblo. De nuestra parte y ----

estando dentro de nuestra materia sólo nos queda remarcar lo ordenado por el --- texto del artículo tercero Constitucional, que en su fracción VI, "impone como - obligatoria la educación primaria"; ¡ Sólo nos dan ganas de llorar ! por nuestra gente, que acaso el legislador, ha creído que para estos tiempos, sólo eso puede lograr nuestra población. Tal vez habrá que exigirle una mejor preparación subsidiada debidamente por el Estado mismo, estimulando de manera cierta tanto a los - que se dedican a la investigación de éste fenómeno de la educación, como a los - que enseñan y a los que la reciben, así como a los padres, incluso que acaso al Estado ¿ le conviene seguir sosteniendo el atraso educacional de su pueblo ?

Analícemos ahora la intervención del Estado como regulador y como sustituto de los padres en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos. A pesar de que la patria potestad es materia del derecho privado sucede sin embargo que se ve influenciado por las normas del derecho público; esto sucede cuando las relaciones paterno filiales son sometidas frecuentemente a la intervención estatal, por que se ha llegado dolorosamente a la "negación de la autoridad de los padres por indignidad de éstos últimos".

Así tenemos que en la actualidad se tiene la necesidad de la intervención de los Tribunales en el campo de la patria potestad, para asegurar el cumplimiento de los deberes de los padres o bien el moderar o limitar el ejercicio de quienes la ejercen en cualquiera de sus modalidades como pueden ser: el derecho de ---- corrección, el derecho de guarda y de educación, el derecho de emancipación o -- derecho de consentir o no el matrimonio del hijo.

Definitivamente lo anterior deberá ser la excepción a las reglas del derecho natural, tal como lo sostienen autores como Puig Peña e Ignacio Serrano, al destacar el carácter natural de la patria potestad, ya que advierten que "aunque no hubiera Estado habría patria potestad, porque el hijo viene al mundo necesitado de protección y dirección y porque por impulsos naturales innegables los padres se sienten obligados e inclinados a actuar con esa potestad al mismo tiempo ---- tuitiva y de mando".(44)

De esta forma y teniendo en cuenta lo anterior resaltamos que es función del Estado establecer el principio - tomado del derecho natural - de ofrecer a los - menores la seguridad de una correcta formación y conducción, por parte de sus --

---

(44) Puig Peña, Instituciones de Derecho Civil Español, T. II., p. 538, Ed. Pueyo, Madrid 1930

guías naturales. Así, tomando las hipótesis normativas contempladas en nuestras leyes, tenemos que en el matrimonio se contemplan las siguientes posiciones ---- entre los consortes.

"El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, A LA FORMACION Y EDUCACION DE LOS HIJOS Y A LA ADMINISTRACION DE LOS BIENES QUE A ESTOS PERTENEZCAN. En caso de desacuerdo el Juez de lo Familiar resolverá - lo conducente". (Art.168 C.C.)

"Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad - excepto las que dañen la moral de la familia o la --- estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se --- trate y el Juez de lo Familiar resolverá sobre la --- oposición". (Art.169 C.C.)

En otro supuesto que toma el legislador, se nota la regulación en el ejercicio de la PATRIA POTESTAD, de los padres sobre los hijos, aduciendo las siguientes situaciones.

"La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto a la - guarda y educación de los menores, a las modalidades - que el impriman las resoluciones que se dicten, de -- acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delin cuencia Infantil en el Distrito Federal". (Art.413 -- C.C.)

"A las personas que tienen al hijo bajo su patria --- potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Loca les de Tutela que las personas de que se trata no cum-

plen ésta obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que ---- corresponda". (Art.422 C.C.)

De las anteriores líneas, desprendemos que el ejercicio de la patria potestad siempre será en beneficio del menor. Como en toda regulación jurídica, esta ---- institución impone un dualismo que comprende derechos y obligaciones, siendo --- éstas últimas a cargo de quiénes ejercen la patria potestad sobre los menores y quiénes poseen en todo momento el derecho para ser educados convenientemente; a contrario se impone ese deber a los diversos padres y ascendientes, teniendo --- éstos últimos a su cargo velar en todo tiempo y lugar por la persona y bienes de quienes se encuentran bajo el ejercicio de la patria potestad. Por tal razón, en caso de que los ejercitantes de la patria potestad no cumplan debidamente con -- las obligaciones que la institución les impone en forma inherente a su naturaleza y si llega a conocimiento del Consejo Local de Tutelas, este organismo ----- asumirá la calidad de vigilante de los intereses de los menores incapacitados y de inmediato lo hará del conocimiento del Ministerio Público, quién en esta ocasión figurando como "representante del menor" deberá promover en su favor ----- aquéllo que la ley ordene. Tales situaciones se presentan en su modalidad de --- maltratos físicos, abandonos, medidas cautelares, etc., aquí el representante -- social tendrá la obligación de solicitar al Juez de lo Familiar como órgano del Estado las medidas necesarias a la protección del menor involucrado en los casos señalados, proveyéndolos en forma inmediata de un representante.

Es menester señalar, a reserva que hablaremos de ello ampliamente en nuestro marco de derecho positivo, que tanto un Juez de lo Familiar o de cualquiera otra materia, representan al órgano jurisdiccional del Estado como organismos instituidos para cumplir con la función estatal de impartir justicia y de respetar el estado de derecho que protege la convivencia de las personas en una sociedad; -- así el Ministerio Público forma parte de la estructura del Estado y sus funciones se encuentran debidamente contempladas en las leyes, como los demás organismos que aparecen como instituciones que ven a las personas desprotegidas un ---- objetivo en sus funciones, como el caso de los Consejos Locales de Tutelas.

Otro comentario es el que se refiere al derecho concedido a los padres como -- una consecuencia del derecho amplio de criar y educar a sus hijos y que consiste

en la facultad de corregir o hacer corregir moderadamente a sus hijos. Esta ---- situación también se encuentra prevista en las normas y donde se aprecia la ---- intervención estatal, en un doble aspecto, por una parte coadyubando con los --- padres en el ofrecer un correctivo para los menores hijos que lo requieran, y -- por otra parte, limitando el ejercicio de ese derecho, buscando no traspasar los límites de moderación y tolerancia de esa facultad, ya que en caso contrario se cometería una arbitrariedad sancionada por el Estado mismo; pasemos a ver los -- dos casos:

"...los que ejerzan 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 - esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente". (Art.423-C.C.)

De lo antes transcrito observamos el derecho reconocido de corregir a los --- hijos por parte de quiénes ejercen la patria potestad sobre ellos y la alternativa de que el Estado a través de sus instituciones brinde el apoyo indispensable para lograr esa finalidad; en cuanto a que los padres dispongan de la ayuda estatal para someter a los hijos a los lineamientos utilizados para la formación de los mencionados, no dudamos que en ocasiones sea necesario, pero esos casos - son contadísimos, ocurriendo ello en formas extranaturales y por tanto, anormales y que surgen a causas meramente biológicas, quizás de tipo endocrinológico, pero si tratamos de atribuirlo a la desobediencia y rebeldía de los hijos, estaremos hablando sin ningún fundamento, ya que precisamente hemos señalado en capítulos anteriores, que los factores familiares adquiridos son de tipo social, --- económico, etc., y son también obra y responsabilidad de los padres mismos, así que sus decisiones tienen efectos en terceros, que son los hijos y su comunidad misma, por lo que si en esa situaciones y bajo esas condiciones se presentan los padres a solicitar la intervención del Estado para someter alguna manifestación de los hijos, que no satisfaga la posición de los padres, será sencillamente --- porque su dirección en la formación y educación de los hijos se presenta en ---- forma deficiente e inadecuada y por demás perjudicial hacia ellos, por lo que ---

ante esta situación de impotencia para cumplir con su deber es por lo que buscan el apoyo estatal; pues si aplicáramos estrictamente lo que la hipótesis del ---- precepto transcrito nos señala, al decir: "...la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo...", no habría necesidad de llegar a tal situación y por el contrario se guardaría el justo y favorable equilibrio entrepadres e hijos.

Ahora bien, donde se estima la intervención del Estado en vía de protección de los menores hijos sujetos a la patria potestad por parte de sus padres, es -- cuando se traspasa los límites moderados de ejercitar aquél derecho, ya que el -- menor cae en el abuso de ese derecho. El autor francés Planiol al referir la --- expresión "abuso de derecho" hace notar que : "...de un derecho se puede hacer -- uso pero no abuso, pues abuso es sinónimo de ilicitud. Todo acto cometido más -- allá de los límites del derecho sería ilícito..." (45)

Complementaríamos lo dicho por el maestro francés, diciendo que al hablar de -- abuso en el ejercicio de un derecho, cuando de éste deriva daño a un tercero y -- ha mediado culpa grave de quién lo ejercita, ya que lesiona principios de moral -- y de buena fe. Por lo que el Estado tomando en cuenta la esencia de la doctrina -- francesa sanciona como un ilícito, el hecho de abusar de un derecho concedido, -- ya que su resultado arrojaría un grave perjuicio para la persona sujeta a ese -- excesivo correctivo con intención culposa. Así en nuestra ley represiva se con -- templa una desaprobación a tal conducta, advirtiendo con sanción en caso de que -- se llegue a la comisión de tal ilícito.

"Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su -- guarda, el Juez podrá imponerle, además de la --- pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquéllos derechos".-  
(Art.295 C.P.)

En otro aspecto, resaltamos la función del Estado cuando interviene o trata -- de intervenir en los casos en que el menor hijo se encuentra en una situación -- incómoda y de desprotección ante las desavenencias de sus padres, ya que tomando en cuenta el bien tutelado en el caso de nuestro estudio, que es el de proporcionar al menor todas las condiciones propicias para desarrollarse en el medio -- más favorable, y tomando en cuenta, que el Estado es incapaz de reemplazar al ----

elemento familiar, no obstante trata de allegarle al menor los elementos más --- indispensables; así observamos, las siguientes facultades que tienen los órganos jurisdiccionales para exigir el mínimo de condiciones de seguridad para los hijos que se ven inmiscuidos en las diferencias de sus padres, mismas que someten a la determinación judicial.

"Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están --- obligados a presentar al Juzgado un convenio en que se fije los siguientes puntos:

I. Designación de persona a quién sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como --- después de ejecutoriado el divorcio..."

(Art.273 C.C.)

Si analizamos la primera regla contenida en el precepto que se menciona, --- habremos de considerar que la persona más avocada a cuyo cuidado deben quedar -- los hijos deberá ser por obligación natural cualquiera de los padres, y si a la vez, eligiéramos entre ambos, la experiencia nos diría que por instinto animal, --- generalmente, los hijos buscan a la madre, independientemente de las características positivas o negativas que revistan a ésta, inclusive resulta oportuno --- señalar que aunque no quedare el hijo o los hijos con alguno de los padres, la ley civil no impide que en caso de divorcio queden los hijos a la vera de persona distinta. También se llega a dar el caso, de que cuando el número de hijos es nutrido llegan a dividirse de tal forma, el núcleo familiar, que parte de ellos queda con la madre y otros caen en la guarda y custodia del padre; lo cuál resulta un punto más a favor del fantasma de la destrucción familiar, trayéndo consigo, la alteración de las características psicológicas de los hijos, sobre todo --- cuando los hijos son menores de edad, es decir, cuando la misma necesidad natural de protección, a la que nos referimos en el título correspondiente, requiere que los padres estén unidos; así esa unidad se rompe para dar paso a los caprichos e intereses de los cónyuges y no al bienestar de los hijos.

Ahora bien, aunque el Estado no puede evitar la situación antes mencionada,-- si se preocupa porque las obligaciones que tienen los padres por motivo de la -- insititución de la patria potestad, que en estos casos y momentos deja de tener el carácter de absoluto para convertirse en relativo, se cumplan y se garanticen lo mayormente posible; tal es el caso, del segundo supuesto del artículo citado que en relación de otros numerales del Código Civil que contienen las obligaciones que tienen que cumplir los padres para con sus hijos, como sería el caso del artículo 303 de la ley precitada, que al respecto regula lo siguiente:

"Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado"  
(Art.303 C.C.)

La regla antes citada se complementa con el artículo 308 de la misma ley, que aporta los elementos indispensables del concepto de alimentos y que son los que deberán asegurarse a menores para su desarrollo aunque, volvemos a insistir, --- será deficiente y frágil debido al rompimiento de la unidad familiar, sin embargo y ante los inevitables del caso de divorcio, esos elementos serán:

"Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedades. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, - además los gastos necesarios para la educación ---- primaria del alimentista y para proporcionarle ----- algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales".(Art.308 C.C.)

Es de esa forma como el Estado en protección de los menores hijos acuden a -- exigir de sus padres proporcionen en el mínimo de satisfactores para su ----- desarrollo social, incluso en el procedimiento judicial, donde habrá de ventilarse las diferencias de los esposos, y donde interviene un órgano dependiente del Ejecutivo, que es el Ministerio Público, el cuál tiene las más amplias facultades, para pedir el aseguramiento del cumplimiento de la obligación alimentaria - (Art.315 V., C.C.), así como para representar oficiosamente al interés del menor

y, por tanto, el vigilar dicho procedimiento para que no se lesionen los derechos de los hijos. Lo anterior queda comprendido de igual manera en una reglamentación normativa que dice:

"Mientras que se decrete el divorcio, el Juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quiénes hay obligación de dar alimentos". (Art.275 C.C.)

Esta desintegración familiar y por consiguiente, el desequilibrio emocional y material de los menores hijos, se ve seriamente afectado; más aún hay algo más conflictivo y delicado por lo violento del caso y donde el Juez de lo Familiar tiene que intervenir de manera más enérgica y dictaminar sobre el destino de los hijos menores, sobre la guarda y custodia de los mismos, con alguno de los padres o bien con persona distinta y lo más doloroso, - en el ser humano, con el significado de tal concepto, con sentimiento y razón - determinar si los padres tienen el derecho de seguir siendo la persona que se encarge del cuidado de sus hijos o bien se les considere indignos, incapaces, etc., para cumplir tal función. Es por eso que el Juez en ejercicio de sus facultades puede determinar la pérdida, suspensión o limitación de tal derecho potestativo en sus hijos. Así, a manera de mostrar la facultad concedida por el Estado que es representado por el órgano jurisdiccional, en este caso, el Juez Familiar, acerca de las decisiones que habrán de pronunciarse respecto a la patria potestad, y tomando en cuenta que, hablabamos de estas situaciones de una forma más especializada en el capítulo siguiente, citaremos el supuesto normativo que nos dará una idea de lo delicado del caso.

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos para lo cuál el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El Juez observará las-

normas del presente código para los fines de llamar al ---- ejercicio de la patria potestad a quién legalmente tenga - derecho a ello, en su caso, o de designar tutor".

(Art.283 C.C.)

De igual manera se observan situaciones donde el Estado cumple las funciones de suplir el consentimiento de las personas titulares de dicho derecho sobre sus hijos y respecto a decisiones o situaciones que tienen que cumplir éstos. Conviene hacer el señalamiento que dichas situaciones donde interviene el Estado como-sustituto en el consentimiento de los padres, las cuáles, están reguladas en las diversas normas que prevén tales casos.

Así en el orden prescrito en la ley sustantiva destacamos la suplencia estatal, cuando se trata del caso en que los hijos menores de edad quieran contraer matrimonio civil y exista la situación de la ausencia de las personas titulares de la patria potestad para otorgar dicho consentimiento, o bien en caso de que existiera oposición o divergencia en las personas que tengan que dar dicho consentimiento.

"Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores; faltando éstos, suplirá el consentimiento en su caso, el Juez de lo Familiar de la residencia del menor". (Art.150 C.C.)

"Los interesados pueden ocurrir al Jefe del Departamento del Distrito Federal o a los Delegados, según el caso, -- cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieren concedido. Las mencionadas autoridades después de levantar una información sobre el particular, suplirán o no el consentimiento".

(Art. 151 C.C.)

"El Juez que hubiere autorizado a un menor para contraer matrimonio no podrá revocar el consentimiento una vez que lo haya otorgado, sino por justa causa superveniente".

(Art. 155 C.C.)

Otra situación que se da en la suplicencia del consentimiento de los padres o de alguno de ellos, es en cuanto a que el hijo abandone temporalmente el hogar de sus progenitores, evidenciando el inminente cumplimiento de alguna actividad o finalidad; al respecto, recordaremos que los hijos están constreñidos a seguir las reglas o condiciones impuestas por los padres en la conducción y orden del hogar familiar. En el particular, no habría problema alguno al contar con la anuencia de ambos padres para que el menor pueda salir del hogar en un tiempo determinado, sin embargo, el problema se presenta cuando no se cuenta con el consentimiento de ambos consortes, ya sea porque alguno de ellos no se encuentra en el momento en que se necesite de su conformidad con dicha situación o como suele suceder en muchas ocasiones en las familias, por el abandono del domicilio conyugal y sin que se haya pronunciado todavía una determinación judicial que lo condene al no ejercicio de ese derecho sobre sus hijos, por lo que el menor por sí y representado por la persona que en esos momentos se encuentre ejerciendo la patria potestad o por otra persona, solicita del Estado a través de sus órganos-jurisdiccionales (Jueces Familiares) y tomando en cuenta tales circunstancias supla el consentimiento ya sea paterno o materno, según el caso, para que el menor abandone el domicilio familiar temporalmente.

"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". (Art. 421 C.C.)

En el aspecto laboral las autoridades estatales también aparecen como sustitutos en el consentimiento de las personas que ejercen la patria potestad sobre sus menores hijos, cuando éstos necesitan emplearse en algún centro de trabajo, en consideración a la especial reglamentación del trabajo de menores, es por lo, los menores de edad necesitan del consentimiento de sus representantes legítimos y a falta de ellos de las autoridades, en este caso de las laborales. Tal es el presupuesto contenido en la Ley Laboral, al decir:

"Los mayores de dieciséis años pueden prestar libremente sus servicios, con las limitaciones establecidas en esta ley. Los mayores de catorce y menores de dieciséis necesitan autorización de sus padres o tutores y a ----

falta de ellos, del sindicato a que pertenezcan -  
de la Junta de Conciliación y Arbitraje, del ----  
Inspector del Trabajo o de la Autoridad Política"  
(Art.23 L.F.T)

"Queda prohibida la utilización del trabajo de --  
los menores:

I. De dieciséis años, en:

... C) Trabajos ambulantes, salvo autorización --  
especial de la Inspección de trabajo..."

(Art.175 I, inciso C, L.F.T.)

Aprovechando la oportunidad de que entramos al campo de las relaciones de ---  
trabajo detectadas en los menores y a la vista de la crisis económica actual, es  
por lo que nos encontramos con el sistema de explosión del hombre por el hombre,  
en los factores de producción, y en donde, no se excluye de tal situación a los--  
menores de edad; haciendo hincapié seguimos refiriéndonos a la clase económica--  
mente débil, que viéndose en la necesidad de allegarse de satisfactorios a sus --  
más inmediatas necesidades, caen en el arbitrario y ventajoso empleador que pasa  
por alto la regulación que al trabajo de los menores de edad hace la Ley Federal  
del Trabajo. Así lo ordenan los artículos 23, 29, 173, 174, 175, 177, 178, 179,-  
180 y demás numerales de esa ley, independientemente de la reglamentación y ----  
protección contenida en nuestra Carta Magna, en su artículo 123; por lo mismo, -  
es a final de cuentas, que los menores sin dar cuenta de sus derechos y precisa  
mente porque si los invocan a su favor, lo que ocurriría sencillamente, es que -  
se les negará el trabajo solicitado, por lo que esos menores de edad a cambio de  
contar con un empleo que medio cubra sus más elementales necesidades tanto de él  
como de su familia, sacrifican sus momentos agradables de esparcimiento, de su -  
educación académica y saben pronto de las responsabilidades y obligaciones, de -  
ajustar su tiempo a las jornadas laborales como si se tratarán de adultos con --  
sin número de compromisos; pero de alguna manera se ha estado aceptando esta ---  
realidad social de nuestros tiempos. Lo que si no pasaremos por alto, es la ----  
situación que el Estado cumple una función social obligatoria de protección de -  
los menores de edad, que por las mismas circunstancias de tipo socioeconómico, -

los padres que son legítimos representantes de esos menores han cesado en el ---- en el protectorado de sus hijos, por la sencilla razón de que ellos mismos han aceptado la ayuda que el hijo pueda brindarle en el sostenimiento del hogar familiar y aunque quieran impedirles el que trabajen y si hubieran preferido que --- síguieran preparándose, ya no pueden hacerlo; por lo que correspondería al Estado cumplir ese deseo de los padres, en uso incluso de sus funciones, tal como lo establece e impone la propia Ley Federal del Trabajo.

"Los inspectores del trabajo tienen los deberes y atribuciones siguientes:

1. Vigilar el cumplimiento de las normas de trabajo, especialmente de las que establecen los derechos y obligaciones de trabajadores y patrones, - de las que reglamentan el trabajo de las mujeres- y los MENORES, y de las que determinan las medidas preventivas de riesgos de trabajo, seguridad- e higiene..." (Art. 541 L.F.T.)

Más lo que encontramos en las autoridades laborales que están obligadas a esa finalidad del legislador es complacencia, corrupción y olvido, por lo que, los - menores hijos empiezan a saborear las amargas demostraciones de los adultos, que como padres de familia están desvirtuando la imagen que una persona pueda tener- en situaciones diversas, como es la de poder defender un derecho para sí mismo y para otras personas, porque se puede dar la imaginación de que al hacerlo en --- cumplimiento de una función inherente a su trabajo, se podría asegurar que en su casa familiar no sería la excepción para hacerlo con los suyos.

## LA IGLESIA.

A este tipo de comunidad habremos de referirnos de manera breve, pero dejando asentado que dicha institución puede ser de gran utilidad de apoyo a los padres- en la formación de sus menores hijos, tomando en cuenta la esencia que representa y dado la existencia de diversas creencias religiosas. Para nosotros y por -- ser la más universal en la tierra, nos servirá como marco de referencia y para - tomarla como base, a la Iglesia Cristiana.

Ya decíamos al tratar al Cristianismo y a su corriente religiosa, en el título de antecedentes a nuestro estudio, la manera en que se concibe a la patria potestad, desde que se fundamenta teológicamente su aparición hasta sus pasajes divinos y sus mismas reglamentaciones; así tomando en cuenta lo apuntado en ese capítulo, empezaríamos por decir, que la familia es una comunidad identificada como un hecho natural y que precisamente por ser natural, existe espontáneamente, sin que se explique si la voluntad humana intervino en su creación. Es por lo mismo, que la moral natural, representada por la Iglesia, trata de exponer su tesis teológica, en el sentido de que todo lo creado fué por obra de Dios, en su más alto grado de pureza y sancionada por la garantía positiva eterna de Dios. Así en un principio, las diversas corrientes que tienen como fuente histórica de explicación, a las conjeturas basadas en los pasajes bíblicos, citan el relato de la creación del hombre y su prole en el Génesis, donde se resalta dos pasajes principalmente, uno de tipo biológico, de tipo generacional, y otro donde se habla del amor. En el primer caso, se cita lo siguiente: "Creó Dios al hombre a imagen suya; y los creó macho y hembra; y los bendijo Dios, diciéndoles: Procread y multiplicaos, y henchid la tierra..." (46) en el segundo pasaje, se habla de que: "No es bueno que el hombre esté solo, voy a hacerle una ayuda semejante a él. Y cuando Dios ha creado a Eva, Adán, al verla, exclama: Dejará el hombre a su padre y a su madre; y se adherirá a su mujer, y vendrán a ser los dos una sola carne" (47)

Tomando en consideración tales testimonios sagrados, la iglesia ha defendido la idea de que el niño no es procreado por los padres, sino que les es regalado por el creador; destacando la tradición cristiana su justificación en dicha tesis, en el hecho de que el alma no puede ser procreada por los padres, sino creada y otorgada por Dios como poder eterno, infinito y superior a cualquier orden; así, resulta que el cuerpo del niño ha sido regalado a sus padres, más no así su alma que pertenece a la fuerza eterna. Lo antes señalado queda ilustrado en el pasaje de los Macabeos: "Yo no sé como habéis aparecido en mi seno, no os he dado yo el aliento de vida ni compuse vuestros miembros. El creador del universo es autor del nacimiento del hombre y hacedor de todas las cosas". Así los representantes eclesiásticos han tratado de imponer su explicación, respecto a la causa que dió origen a la familia y en consecuencia a la existencia de padres e hijos.

---

(46) Cp. citada

(47) Idem.

En la consideración teológica de que la familia nace espontáneamente por la misma naturaleza del hombre, es por lo que en la encíclica "Divini Illius Magistri", Pío XI dice: "La familia ha sido instituida inmediatamente por Dios para su propio fin, que es la procreación y la educación de los hijos"., en otra encíclica Rerum Novarum, León XIII manifiesta: "Los hijos son algo del padre, -- como una extensión de la persona paterna, entran en la sociedad civil, no inmediatamente por sí mismos, sino por medio de la comunidad doméstica en que nacieron . La educación es la prolongación, el término de la procreación".

Tomando lo más idóneo para nuestro tema de estudio, observamos la materia de la patria potestad en la concepción religiosa, al hablar de la procreación, como un hecho natural, al nacimiento de los hijos y en la finalidad, la educación de éstos. Es decir, los hijos en su educación tendrán un marco de referencia inmediato, en sus padres, ya que el hijo es algo del padre, como sostenía Santo Tomás, al decir: "...al principio incluso no se distingue físicamente de sus padres, mientras esta encerrada en el seno de su madre; más tarde, ya nacido pero antes de llegar al uso de razón se ve confiado a los cuidados de sus padres como si se tratará de un seno espiritual..." (48) Nuevamente volvemos a encontrarnos con otras peculiaridades de la patria potestad, al descubrir en el pensamiento de Santo Tomás, los cuidados que los padres deben tener hacia los hijos elevando tal función a un rango espiritual o moral.

Una vez que hemos visto algunas tesis de las que forma parte la Iglesia, como centro teológico, trataremos de hacer resaltar de una manera más objetiva, como la Iglesia contribuye al mejoramiento de las relaciones entre padres e hijos. Señalaremos primeramente el acto del bautismo, y que en la religión cristiana tiene el grado de sacramento, tal acto tiene como fin, el hecho de mostrar al hijo como un cristiano más en el mundo, de ese acto se generan relaciones sociales religiosas, como es el compadrazgo y el apadrinamiento, respectivamente, con padres e hijos; con esta situación se extiende el beneficio de los hijos de contar con un miembro más que le va a dar su apoyo, ya que si se observa socialmente, que el padrino del menor acude con los padres de éste a dar un consejo o una opinión sobre lo más benéfico para su ahijado en cuanto a su formación y educación, estará dando muestras de una solidaridad con los padres del menor hijo, -- así en ocasiones, se llega a dar el caso, de que a falta o ausencia de los padres y demás ascendientes o familiares, los padrinos se sienten obligados moralmente a sustituir a los padres de su ahijado, porque de hecho, al tenerlos-

---

(48) Santo Tomas, Op. citada.

a su cargo, cuidándolos y educándolos, los estará integrando a su ambiente ----- familiar, contando a ese menor como si se tratará de otro hijo más.

Otro aspecto importante que regula la institución eclesiástica es la de hacer notar a la pareja humana, que la mejor forma de dar seguridad a la llegada de -- los hijos, es la de estar unidos debidamente en matrimonio, en virtud de que el -- mismo está investido como sacramento y está sancionado por Dios, incluso como -- indisoluble y, tomando en cuenta que las leyes divinas son eternas y justas, es -- por ello que tienen que comprometerse a sus normas.

Estructuralmente también se observa la apreciada intervención que la verda--- derá Iglesia tiene para con los menores abandonados o desorientados, según el -- caso, ya que en el primer supuesto cuenta con albergues y escuelas que se dedi-- can a la protección de esos desválidos, tratando de fortalecerlos espiritualmente -- y de brindarles una educación elemental y conveniente, contando únicamente -- con la caridad de las gentes con ánimo altruista y bondadosas o bien con su --- propio trabajo o peculio, y quizás, con la recompensa de los que en un tiempo -- fueron protegidos por esas instituciones eclesiásticas. En el segundo de los --- casos, la Iglesia se constituye como órgano orientador de la juventud que necesi-- ta de un apoyo anímico, espiritual, encaminándolo al fortalecimiento de la idea-- de jerarquizar los valores y por lo tanto, convertirse en un ser moralmente ---- valioso.

## LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

### A. PRINCIPIOS GENERALES.

El citar los principios generales donde van a descansar las disposiciones relativas a la patria potestad, en el derecho positivo, hace inaplazable mencionar, lo que el maestro Ibarrola concibe, al respecto: "Toda ley positiva guarda principios que debe respetar, teniendo los mismos, un fundamento filosófico superior a la ley. En efecto, tales lineamientos que deben respetarse, están implícitos en el derecho natural; la ley natural existe desde antes que cualquier ley judicial o administrativa y es inmutable: es aquella que Dios, en el instante mismo de la creación de la naturaleza del hombre, infundió en su corazón para su preservación y dirección; es la ley eterna, la ley moral, llamada la ley de naturaleza". (49)

Lo anterior, nos lleva a pensar en que existen cosas implícitas en la naturaleza y por lo tanto, la ley no crea esas cosas que son inmutables, inalienables. Existe una posición que nos muestra claramente tal diferencia; por ejemplo, la usufructuación, en nuestro derecho positivo, se constituye al adquirir un derecho; en nuestro estudio, los padres siempre serán padres y se les identificara con ese título, por haber sido capaces de cumplir una función natural, el crear vida, -- pues una vez en su desarrollo, nada se crea ni nada se acaba, todo se transforma o se descubre.

Esta consideración deberán tener presente el legislador, el Juez, la sociedad -- misma, ya que los textos de la ley, aunque sean conformes al derecho, éste se encuentra calcado exactamente de los estudios naturales sobre la vida biológica y social de los hombres; de ahí que jamás deberá desdeñarse la moral y el sentimiento de las gentes.

Lo anteriormente dicho, bien podríamos plantearlo, en la siguiente forma: como toda familia animal la humana tiene por razón de ser y por objeto, la continuación y perpetuidad de la especie, derivándose tal función, precisamente en los caracteres biológicos comunes al hombre y a los animales. Pero en el hombre, es-

---

(49) Ibarrola Antonio, Cosas y Sucesiones, p.615, Ed.Porrúa S.A., Méx. 1981

necesario que tenga una característica biológica propia, y entonces tenemos que el fin biológico de la familia no es ya únicamente dar nuevos hijos, sino formar los y educarlos, en forma tal, que puedan ellos mismos ser hombres en toda la extensión de la palabra, que sean partícipes a su vez, activa y personalmente, en el progreso psíquico de la humanidad.

Ahora bien, cuando hablamos de tener presente el principio moral en la aplicación del derecho positivo, en especial a nuestro estudio, concibiendo que hay seres desprovistos de inteligencia, que sólo ceden a un movimiento o tendencia ciega, que tienen entre sí únicamente encuentros o relaciones periódicas desprovistas de toda moralidad. En cambio en los hombres, debe prevalecer siempre la razón, que es la que debe presidir y acompañar a todos los actos de su vida. Así en la permanencia de las relaciones entre los humanos en forma armoniosa, se finca la felicidad de los hijos, ya que tomamos en cuenta, que la influencia de la madre contrarrestará las veleidades del padre, es decir, se va en busca del justo equilibrio, entre los consortes, y éstos como padres frente a sus hijos. Para finalizar la concepción de los principios generales o absolutos, para el derecho positivo formado por normas objetivas, serán bien recibidas las palabras de Portalis, al decir: "Bendigamos a la naturaleza que al darnos tendencias irresistibles colocó en nuestro corazón la regla y el freno de esas tendencias", y termina diciendo que: "...nunca podrán las leyes positivas sustituir el uso de la razón natural en los negocios de la vida...(50)

---

(50) Portalis, citado por Julien Bonnetcasse, La Filosofía del Código de ----- Napoleón aplicada al Derecho Civil, p. 66, Ed. Cájica Pue. Méx. 1948.

## B. ORDENAMIENTOS LEGALES BASICOS.

Aunque sabemos que es nuestro Código Civil, quién se encarga de regular en su --- totalidad a la figura jurídica de la patria potestad, y por ende, el Código de -- Procedimientos Civiles completa tal regulación; no podemos desconocer que las --- diversas materias que integran el campo jurídico del derecho mexicano, tienen --- algo que ver en las relaciones que nacen y se desenvuelven a raíz de la función - que hoy estudiamos, por tanto, resulta oportuno integrar un prontuario acerca de las disposiciones normativas que al respecto de la patria potestad contienen. ta-- les Ordenamientos.

### CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución Federal ---- Mexicana. ART. 1º.

Derecho a la educación. Donde el educando robustecerá el aprecio a la dignidad de la familia y la integridad de la familia. ART. 3º.

Garantía al derecho de la familia en su organización y desarrollo. ART. 4º.

Garantía de seguridad jurídica. ARTS. 14 y 16.

Nacionalidad Mexicana por nacimiento. ART. 30.

Obligaciones de los mexicanos. Obligación con sus hijos para que reciban educa ción primaria elemental y militar. ART.31.

Derechos sociales de los sujetos de la patria potestad. Beneficios en el campo del derecho laboral. ART. 123, A, II, III, V.

### CODIGO CIVIL.

Título VIII, Libro I. PATRIA POTESTAD.

DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LAS PERSONAS DE LOS HIJOS.--- (Artículos 411-424).

Quiénes la ejercen, ART.414. Su ejercicio. ART.413. Cuando uno de los padres -

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

cese en la patria potestad la ejercerá el otro.- ART.416. A falta de padres ejercerán la patria potestad del hijo reconocido, los ascendientes.- ART.418. Cuando no haya quien la ejerza ha lugar a la tutela.- ART.482. Patria potestad de los -- hijos nacidos fuera de matrimonio reconocidos por los dos progenitores.- ART.415. Ejercicio de la patria potestad de los hijos nacidos fuera de matrimonio.- 415 y 416. Caso de que los padres se separen.- ART.417. A quién corresponde la del menor hijo incapacitado.- ART.465. Quién ejerce la del hijo adoptivo.- ARTS.419 y 420. Se transfiere al adoptante.- ART.403. Si hay tutor testamentario excluye a los ascendientes.- ART.417. Después del divorcio la determinan los Tribunales.-- ARTS.283 y 284. Obligaciones a cumplir después de pérdida por sentencia de divorcio.- ART.285. Obligación de educar a los hijos.- ART.422. Facultad de corregir y conducir a los hijos.- ART.423. Disuelto el matrimonio del menor no vuelve a caer bajo la patria potestad, queda emancipado.- ART.641. Responsabilidad de los que la ejercen por el daño cometido por el menor.- ARTS.1919,1920,1921,1922. Hasta -- cuándo están los hijos bajo la patria potestad.- ART.412. Los hijos deben honrar y respetar a sus padres y ascendientes.- ART.411. El hijo sometido a ella no puede abandonar la casa de sus padres.- ART.421. El sometido a ella no puede comparecer en juicio ni contraer obligaciones sin consentimiento.- ART.424. Cómo se divide el usufructo.-

DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO A LOS BIENES DE LOS HIJOS.-----  
(Artículos 425-442).

Representación del sometido a ella.- ART.425. Administración de sus bienes.--- ARTS.425 y 426. Representación en juicio de un menor.- ART.427. Bienes adquiridos por el menor por herencia o por otro título.- ARTS.427 y 430. Clase de bienes del menor.- ART.428. Los bienes adquiridos con su trabajo le pertenecen.- ARTS.427,-- 428 y 429. Bienes del menor sometido a usufructo.- ARTS.430,431 y 432. Renuncia del usufructo por los padres.- ART.432. División del usufructo.- ARTS.430,431 y 217. Obligación de los usufructuarios de los bienes de los sometidos a ella.- ART. 434. Distribución del usufructo entre los cónyuges que la ejerzan.- Art.217. ---- Extinción del usufructo.- ART.438. Administración de los bienes de los hijos.---- ARTS.439 y 441. Limitaciones en el arrendamiento de bienes del menor.- ART.436 -- párf.2º. Enajenación y gravamen de los bienes del menor.- ARTS.436 y 437. Venta de bienes de los hijos a sus padres.- ART.2278. Limitaciones en la administración de bienes por el hijo.- ART.435. Interés opuesto entre los que la ejercen y los sometidos a ella.- ART.440. Los réditos y rentas vencidos antes de la patria pot--

testad pertenecen al hijo.- ART.433. Actuación de los jueces en la administración de bienes de los hijos.- ART.441. No comienza la prescripción entre ascendientes y descendientes durante la patria potestad respecto a determinados bienes.-ART.--1167 fracción I. Las personas que ejerzan la patria potestad entregan al hijo --- todos sus bienes luego que se emancipe.- ART.442.

#### DE LOS MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD. (Artículos 443-448)

La patria potestad se acaba con la muerte, con la emancipación y con la mayoría de edad.- ART.443. Cuándo se pierde la patria potestad.- ART.444. No la pierde la madre o la abuela que pasa a segundas nupcias.- ARTS.445 y 446. Causas por las que se suspende la patria potestad.- ART.447. No es renunciable.- ART.448. -- Cuándo pueden excusarse los obligados a ella.- ART.448.

#### CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

Representantes de quién tenga interés en iniciar un procedimiento judicial.--- ART.1º. Representantes legítimos de quienes se encuentran incapacitados conforme a la Ley.- ART.45. Resoluciones judiciales firmes, modificables en caso de negocios de ejercicio y suspensión de la patria potestad, jurisdicción voluntaria.--- ART.94. Actos prejudiciales, el juez determinará la situación de los hijos.- ART. 213. Juicios sucesorios, cuando hayan herederos o legatarios menores que no tuviera representante legítimo procede nombramiento de tutor.- ART.776. Juicios sucesorios, representación de menores o incapacitados que no tengan representante --- legítimo por el Ministerio Público.- ART.779. Juicios sucesorios (testamentario) intervención de tutor especial, en virtud de que el representante legítimo de --- algún heredero menor o incapacitado tenga interés en la herencia.- ART.796. Juicios sucesorios; celebración de inventario solemne, en el caso de que la mayoría de los herederos este constituida por menores de edad.- ART.817. Intervención del Ministerio Público en vía de jurisdicción voluntaria, cuando se refiera a la persona o bienes de menores incapacitados.- ART.895. Declaración del estado de minoridad de la persona que va a quedar sujeta a tutela.- ART.902. Medios para conceder la declaración del estado de minoridad, ya sea por el certificado del Registro Civil que compruebe la edad, por examen directo ante el Juez de quién se pide haga la declaración, o bien por información testimonial. Nombramiento de tutores y curadores a las personas sujetas a un estado de interdicción (diligencias judiciales) puede conferirse dicho cargo, al padre y la madre del incapaz.- ART.904

Licencia judicial para la venta de los bienes que pertenezcan exclusivamente a -- menores o incapacitados.- ART.915. Para la venta de los bienes inmuebles o de los muebles preciosos pertenecientes a los hijos, requerirán los que ejercen la patria potestad sobre ellos, la autorización judicial en los términos señalados en el artículo 916, se substanciará en vía incidental con intervención del Ministerio Público y de un tutor especial designado por el Juez.- ART.920. En la solicitud de adopción, deberá el presunto adoptante, señalar el nombre y edad del menor o incapacitado y el nombre y domicilios de quiénes ejerzan sobre él la patria potestad. También en caso de que el menor fuera acogido por una institución pública el presunto adoptante recabará constancia del tiempo de la exposición o abandono del referido menor.- ART.923. Obtención del consentimiento de las personas que -- deban otorgarlo para que proceda la adopción.- ART.924. Situaciones que se presentan en la revocación de una adopción, con respecto al caso, de que el adoptado es aún menor de edad.- ART.925. Calificación de la excusa del ejercicio de la patria potestad.- ART.938. En controversia del orden familiar, casos en que los cónyuges tengan diferencias sobre la educación de los hijos.

#### CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

Competencia territorial, negocios relativos a la tutela de los menores o incapacitados.- ART.25. Suplencia del consentimiento de la persona que ejerza la patria potestad.- ART.26. Intervención del Ministerio Público Federal, cuando se refiera a la persona o bienes de menores o incapacitados.- ART.532.

#### CODIGO PENAL.

Reparación del daño, por responsabilidad en actos cometidos por menores.- ART. 29. Facultad de apertura a la correspondencia de los menores.- ART.174. Prohibición de emplear a menores de dieciocho años en cantinas, tabernas y centros de -- vicio. Contravención por parte de los padres.Sanciones.- ARTS.202 y 203. Procedencia por querrela de la menor, en caso del delito de estupro, por parte de sus padres.- ARTS.262 y 263 Violación cometida por los ascendientes en contra de los -- descendientes, pérdida de la patria potestad.- ART.266 Bis. Incesto, ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.- ART.272. Reparación del -- daño, en caso de que resulten hijos, pago de alimentos.- ART.276 Bis. Delitos contra el estado civil.- ART.277. Lesiones producidas en el ejercicio de la patria --

potestad.- ART.295. Abandono de infante, sanción correspondiente a la suspensión de derechos familiares.- ARTS.335,336,336 Bis,337,338,339,342 y 343.

#### CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

No están obligados a declarar los parientes por consanguinidad del acusado, en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grados.- ART.192. Declaración de un menor de edad, ante autoridad penal, veracidad o exactitud de su dicho ART.212. En la declaración de los menores de catorce años, se les exhortará para que digan la verdad.- ART.213.

#### CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Procedimientos relativos a inimputables, a menores.- ART.1º, frac.VII. Tratándose de menores de dieciséis años o de otros incapaces, la querrela se presentará por quiénes ejerzan la patria potestad o la tutela.- ART.115. No están obligados a declarar ante autoridad penal federal los parientes del inculcado por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado.- ART.--243. A los menores de dieciocho años se les exhortará para conducirse con verdad, en las declaraciones que hagan ante la autoridad penal federal.- ART.247. Tribunales locales para menores, serán competentes para conocer de las infracciones a -- las leyes penales federales cometidas por menores de dieciocho años, aplicación de las disposiciones de las leyes federales respectivas.- ARTS.500,501 y 502. En todo lo relativo al procedimiento, medidas y ejecución de éstas, los tribunales federales para menores, se ajustarán a lo previsto en la ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del D.F.- ART.503.

#### CODIGO DE COMERCIO.

Hoja de inscripción de cada comerciante o sociedad. Documentos justificativos de los haberes o patrimonio que tenga el hijo o el pupilo que esten bajo la patria potestad.- ART.21, frac.XI.

#### LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.

En caso de que el fideicomisario sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior (derechos constitutivos por el fideicomiso) corresponderán al -- que ejerza la patria potestad.- ART.355.

## LEY SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO.

Nulidad del contrato de seguro, cuando sea sobre la persona de un menor de --- edad que no haya cumplido los doce años de edad.- ART.157. Para que el contrato de seguro no sea nulo, será necesario el consentimiento del menor de edad que tenga doce años o más y el de su representante legal.- ART.158.

## LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Prestación de servicios por parte de menores, autorización de sus padres.- ART 23. Pago de pensiones alimenticias en favor de la esposa, hijos, ascendientes y nietos, decretado por la autoridad competente.- ART.110. El trabajo de los menores de catorce años y menores de dieciseis, queda sujeto a la vigilancia y protección especiales de la inspección del trabajo.- ART.173. Los sujetos mayores de -- catorce años y menores de dieciseis, necesitan acreditar su aptitud para el trabajo mediante certificado médico.- ART.174. Prohibición a la utilización de menores dedieciocho años en trabajos nocturno industriales y a los menores de dieciseis años en trabajos peligrosos e insalubres.- ART.175. La jornada de trabajo de los menores de dieciseis años.- ART.177. Prohibición del trabajo de los menores de -- dieciseis años wn horas extraordinarias y en días domingos o de descanso obligatorio.- ART.178. Disfrute de un período anual de vacaciones a los menores de dieciseis años.- ART.179. Obligaciones para los patronos que tengan a su servicio menores de dieciseis años.- ART.180. Son talleres familiares, aquéllos en los que exclusivamente trabajan los cónyuges, sus ascendientes, descendientes y pupilos.--- ART.351.

## LEY DE AMPARO.

El menor de edad podrá pedir amparo sin la intervención de su legítimo representante cuando éste se halle ausente o impedido; pero en tal caso, el juez sin perjuicio de dictar las providencias que sean urgentes, le nombrará un representante especial para que intervenga en el juicio.

Si el menor hubiere cumplido ya catorce años, podrá hacer la designación de representante en el escrito de demanda.- ART.6º

## C. ASPECTOS ESENCIALES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO POSITIVO.

### 1.- LOS SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.

En el inicio de este título, bien podríamos utilizar el enunciado que respecto a los sujetos de la patria potestad hace el maestro Galindo Garfias, al decir:----  
 "... en el complejo de las relaciones jurídicas que forman el contenido de la --  
 patria potestad encontramos una situación de autoridad de los padres y de -----  
 correlativa subordinación de los hijos..." (51)

Pero como ya hemos dejado apuntado con anterioridad, en este estudio, es ----  
 mejor que evitemos hablar demasiado de una "autoridad de los padres" y una-----  
 "marcada subordinación de los hijos" a dichos mandatos; más bien, traduciendo --  
 las palabras del citado maestro, a otros términos; así, diremos que en las rela-  
 ciones jurídicas que forman el contenido de la patria potestad, se observan dos-  
 tipos de sujetos básicamente, que se encargan de que sus relaciones marchen ----  
 hacia una correcta convivencia investida de atenciones, auxilios, respeto y ----  
 obediencia, en cumplimiento a una función natural socialmente conocida y -----  
 aceptada.

Esos dos tipos de sujetos de que hablamos, los manejaremos técnicamente como-  
 ACTIVOS, que serán aquéllos que van a cumplir su función natural y social; y, --  
 los PASIVOS, que serán los beneficiados con el cumplimiento de tal función, y --  
 por tanto, los que van a mejorar los enlaces generacionales.

A continuación, trataremos de esquematizar lo que vamos a localizar como ----  
 sujetos de la patria potestad en su desenvolvimiento o ejercicio, destacando en-  
 dicho cuadro, a los sujetos activos como los ascendientes o adoptantes, y, a los  
 pasivos como descendientes o adoptados, en forma respectiva.

---

(51) Galindo Garfias, op. citada, p. 677

			a) De manera conjunta.
	1. Padres		b) En forma separada.
	A. Ascendientes		c) Por determinación judicial
I Sujeto Activo			a) Paternos
	2. Abuelos		b) Maternos
	B. Adoptantes.		c) Por determinación judicial
Sujetos de la patria Potestad			
	A' Descendientes	Hijos y Nietos	a') Menores de edad no emancipados
			b') Incapacitados Menores de Edad Mayores de Edad
II Sujeto Pasivo			
	B' Adoptados.		

De esta manera tenemos, en atención a nuestro esquema, que se nos presenta - como sujetos activos de la patria potestad, a los ascendientes que por parentesco consanguíneo exista; ho hay que olvidar, que el parentesco representa un vínculo familiar primario establecido por la pareja humana que entabla relaciones - sexuales de manera permanente, sancionadas por la ley y por la sociedad, a través de sus figuras jurídicas y de facto (matrimonio o concubinato). Teniendo en cuenta dichos supuestos y volviendo a nuestro punto de referencia, el parentesco consanguíneo, se entiende a este, "aquella relación jurídica que existe entre -- personas que descienden de un mismo progenitor" (Art.293, C.C.); de ahí que --- dentro del concepto de ascendientes, exista la relación filial, teniendo como -- primer elemento a los padres y en un segundo término, a los abuelos, personas -- que tienen, por naturaleza, función de un deber, con respecto a sus descendientes.

Así tenemos que por consecuencia natural, los padres son los encargados de -- ejercitar la patria potestad sobre sus hijos y que esa función puede contemplarse en el reconocimiento que a la regla natural hacen los artículos de nuestra -- ley civil, que a continuación transcribiremos:

"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".

(Art.412, C.C.)

"La patria potestad sobre los hijos de --  
matrimonio se ejerce:

I. Por el padre y la madre;

II. Por el abuelo y la abuela paternos;

III. Por el abuelo y la abuela maternos".

(Art.414, C.C.)

En el primer precepto transcrito observamos que nuestra ley civil reconoce --  
que el ejercicio de la patria potestad de los hijos de matrimonio corresponde de  
igual manera, tanto al padre como a la madre, en atención a que los dos gozan de  
una igualdad social, reconocida legalmente en diversas leyes a través de sus ---  
artículos aplicables, como es el caso que recoge la misma Carta Fundamental de -  
nuestro país, en su artículo 4º, al decir: "El varón y la mujer son iguales ante  
la ley...", en la misma forma, el Código Civil regula tal condición en su artí-  
culo 2º, el que literalmente reza: "La capacidad jurídica es igual para el hom-  
bre y la mujer; en consecuecia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo  
a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles". A -  
lo anterior, agregaríamos, que dicha igualdad se debe tener con las reservas a -  
las fuerzas naturales, físicas y mentales de cada hombre o mujer, tomando en con-  
sideración que a pesar de un común ejercicio, existirán situaciones en las que -  
predominen la fuerza o el sentimiento de alguno de ellos.

Ahora bien, la situación que precede en nuestro comentario, es referida a los  
hijos nacidos en matrimonio; pero cuando los hijos fueron concebidos fuera de --  
éste, la ley ha previsto tal situación y por consiguiente, su regulación, obser-  
vándose todo ello en los siguientes artículos que se transcriben a continuación:

"Cuando los dos progenitores han reconocido al  
hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos  
ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados, se observará en su caso

lo dispuesto en los artículos 380 y 381".  
(Art.415, C.C.)

"Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, ---- convendrán cuál de los dos ejercerán su custodia; y en su 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". (Art.380, C.C.)

"En caso de que el reconocimiento se efectuésucesivamente por los padres que no viven --- juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiera reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público". (Art.381, C.C.)

"En los casos previstos en los artículos 380 y 381, cuando por cualquiera circunstancia -- deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro".  
(Art.416, C.C.)

"Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en --- caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el Juez, --- teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo". (Art.417, C.C.)

En la transcripción de los artículos de la ley sustantiva civil, encontramos que la primera regla al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio y, contando con la madurez necesaria de los consortes que -- viven en unión libre, remarcando desde luego, la inseguridad para todos los ---- miembros de esa familia de no formalizar dicho acto. encontramos, repito, que - no habría ningún problema existiendo la voluntad de ambos consortes en cumplir - con la función de asistencia a sus hijos.

Otra situación está prevista en los artículos 415 in fine, 380, 381 y 416 del Código Civil, cuando los padres de hijos nacidos fuera de matrimonio, viven ---- separados; pues en ese supuesto, existirá la necesidad de suponer dos posiciones

a.- El que se pongan de acuerdo respecto a quién se va a confiar el cuidado - de los hijos; es decir, por voluntad de ambos padres naturales aunque no vivan - juntos; y,

b.- El otorgar la custodia de los hijos al progenitor que primero lo hubiere-reconocido, salvo pacto contrario entre los padres.

De estas dos posiciones, desafortunadamente y al igual que en las del mismo - matrimonio, se van a desencadenar situaciones que no hacen posible el buen con--senso entre los cónyuges en caso de no considerar el uno al otro como la persona idónea para que siga ejerciendo la patria potestad y en especial, el tener bajo-su cuidado a los hijos; en ese caso, es cuando llegamos a la intervención ----- estatal a través de sus órganos jurisdiccionales, para que sea él quién deter---mine cual de los padres u otros ascendientes será el que se encargue del cuidado-y dirección de los hijos. Así tenemos, que en este renglón, los artículos antes-citados, en su parte conducente, nos señala las facultades que tiene el Juez y - su aplicación, ante el problema antes planteado:

"...Si viven separados,,se observará en su caso lo dispuesto en los artí-culos 380 y 381". (Art.415, C.C.)

"Cuando el padre y la madre que no ----- viven juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, CONVENDRAN cuál de los -- dos ejercerá su custodia; y en caso - de que no lo hicieran, el Juez de lo-Familiar del lugar, oyendo a los ----

padres y...resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor". (Art.380, C.C.)

"En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de lo familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público".(Art.381,--C.C.)

"Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre su punto, el progenitor que designe el Juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del Hijo".  
(Art.417, C.C.)

De una manera amplia hemos dejado anotado el carácter que tienen los padres como sujetos activos de la patria potestad. Corresponde en segundo orden de importancia, destacar en la aparición filial consanguínea al ascendiente en primer grado directo en línea ascendente, los abuelos por ambas líneas tanto paternos como maternos, tal como lo establece el artículo 414 en sus fracciones II y III.

"La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce;

- I. Por el padre y la madre;
- II. POR EL ABUELO Y LA ABUELA PATERNOS;
- III. POR EL ABUELO Y LA ABUELA MATERNOS".

La inclusión de los abuelos como sujetos activos de la patria potestad, es--- por el hecho natural que tienen al haber cumplido ya anteriormente con la misión de formar y educar a sus hijos, por lo que a falta de éstos últimos requisitos - con relación a su prole, y tal como sucediera en el derecho romano, los abuelos- contarán con la capacidad necesari<sup>2</sup>s, salvo situación en contrario (excusas para- el cumplimiento de tal función) para poder continuar con el espíritu ya ----- desarrollado en ellos en una generación. Antes de reformarse el actual artículo- 478 del Código Civil, el mismo precepto establecía que:

"A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo reconocido los demás ascendientes a que se --- refieren las fracciones II y III del artículo 414".

En nuestro Código Civil en vigor, el precepto citado deja a la facultad del - Juez determinar quién de los ascendientes referidos en las fracciones II y III - del multicitado artículo 414, va a entrar en el ejercicio de la patria potestad- sobre los nietos.

El Juez deberá estimar informes fidedignas las situaciones que arrojen una -- decisión de suplencia de la patria potestad de los padres biológicos; deberá --- tener en cuenta además, la emergencia en que se produzca tal situación, y la dis- ponibilidad física, mental, material y espiritual de los abuelos al entrar al -- cuidado de sus nietos, ya que hay que recordar el beneficio de los menores no -- emancipados, y si ante una precipitada decisión judicial, el nieto es quién se - va a constituir en una carga demasiado pesada para las probabilidades de aten--- ción que puedan ofrecer los abuelos, resultaría un posible desequilibrio emocio- nal, tanto para los ascendientes como para los descendientes, pues éstos últimos se constituirían en cuidadores de los primeros. Ahora bien, en caso de que los - sujetos pasivos de la patria potestad quedarán en la situación de que no exis--- tierá quién de los sujetos nombrados por la ley pudiera entrar al ejercicio de - la misma, el Juez de igual forma deberá tener en cuenta, el estado, edad, condi- ción social y las alternativas familiares que signifiquen mejor una excusa por -

parte de los abuelos y someterse a los menores, a una tutela, también familiar, - nada más que de colaterales (hermanos, tíos, etc.), de acuerdo a las reglas que sobre la figura de tutela legítima, hacen los artículos 482 y 483 de la ley en - cita.

"Ha lugar a tutela legítima:

I. Cuando no hay quién ejerza la patria potestad ni tutor testamentario..." (Art.482, C.C.)

"La tutela legítima corresponde:

I. A los hermanos, prefiriéndose a los que sean - por ambas líneas;

II. Por falta o incapacidad de los hermanos, a -- los demás colaterales, dentro del cuarto grado -- inclusive". (Art.483, C.C.)

Todo lo anteriormente plasmado, en cuanto al caso especial señalado, está pre visto en los artículos 418 y 420 del mismo Ordenamiento Civil, que dicen:

"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 determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso". (Art.418, C.C.)

"Solamente por falta o impedimento de todos los - llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden esta blecido en los artículos anteriores. Si sólo ---- faltare alguna de las dos personas a quiénes ---- corresponde ejercer la patria potestad, la que -- quede continuará en el ejercicio de ese derecho". (Art.420, C.C.)

En obvio de circunstancias, el que exista es quién ejercita el derecho, y --- cuando estemos frente al inexistente, sólo correspondería el reproche a su indignidad por el incumplimiento de sus obligaciones o bien lamentar la ausencia de los padres naturales respecto de los hijos menores, por causa de fallecimiento - de los primeros.

A pesar de que la patria potestad posee como característica esencial su ---- intransmisibilidad, tal como si estuviéramos hablando de elementos de existencia de un acto jurídico y que sólo la procreación traducida en la maternidad y paternidad, como fuentes de la patria potestad, es la que tiene un contenido natural-entre padres e hijos, se da el caso que ante el infortunio de la misma natura---leza, en determinadas personas, es cuando se desarrolla un contenido afectivo -- entre los seres humanos buscando suplir esa función incompleta de los humanos de poder crear una nueva vida, por lo que esa razón hace que excepcionalmente y de una manera formal se permita la transmisión de la patria potestad de los padres-biológicos o de otras personas que tengan bajo su cuidado a los menores o incapaces, en favor de personas que tengan la imposibilidad natural de engendrar o ---acuda en cualquiera otra circunstancia que haga necesario el adquirir la patria-potestad.

Por los términos anteriores, nos estaremos refiriendo a la figura de la adopción, y en forma inmediata destacamos al sujeto activo de la patria potestad, -- que es el adoptante y al sujeto pasivo, que es el adoptado, sin permitir que ---nadie más ejerza tal función que no sean los sujetos ya señalados. Hay dos razones fundamentales en este supuesto: una, que se trate de un parentesco civil que erróneamente no permite la extensión parental, con todos los miembros de la ---- familia del adoptante; tal situación está contenida en las normas que regulan el parentesco civil que a continuación transcribo:

"El parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el --- adoptante y el adoptado". (Art.295,--- C.C.)

"Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco que de ella resulte, se limitan al --- adoptante y al adoptado, excepto en lo

relativo a los impedimentos de matrimonio, respecto de los cuáles se observará lo que dispone el artículo -- 157". (Art.402, C.C.)

"La patria potestad sobre el hijo --- adoptivo la ejercerán únicamente las--- personas que lo adopten".(Art.419,--- C.C.)

Como consecuencia de la anterior razón, nos obliga a considerar una segunda, consistente en señalar que la adopción regulada en nuestra legislación, es una adopción relativa y esta matizada de rigorismo jurídico, ya que de lo contrario, sería una adopción plena, que tratara, tal como lo configuraría la filosofía del Código de Napoleón, que los fines que llevaron a crearla era la de ingresarla a la filiación consanguínea; precisamente ese sentido se pugna para evitar prejuicios sociales y desventajas hacia los adoptados, con respecto a los demás componentes de una comunidad familiar originaria.

#### SUJETOS PASIVOS.

Entendemos que la descendencia es una relación que surge en forma espontánea-derivada biológicamente de la procreación, y que en el parentesco consanguíneo - en línea recta descendente encontramos el apoyo para encuadrar a los sujetos --- pasivos de la patria potestad. Asimismo en tal concepto enfocamos al descen----- diente, entendiendo como tal a aquél que se vincula al progenitor y con los que- de él procedan, o sea, los hijos o nietos.

Es así, como ubicamos a los sujetos que van a ser receptores del cumplimiento de la función de la patria potestad por parte de quienes la ejercen. En el ---- cuadro sinóptico apuntado ubicamos sin gran problema a los menores de edad no -- emancipados; es ahí donde radica nuestra opinión al referirnos a los sujetos --- pasivos de la patria potestad, o sea, la de incluir en dichos sujetos a los --- incapacitados mentales ya sean menores o mayores de edad, y en franca oposición- a al figura jurídica de la tutela, que sería la indicada para suplir ese tipo de incapacidad legal; sin embargo, trataremos de manifestar nuestras razones de ----

incluir a dichos incapaces dentro de la patria potestad.

Antes de pasar a tratar el argumento de nuestra tesis con relación a los incapaces mentales, pero guardando un orden necesario al referirnos a los sujetos -- pasivos de la patria potestad, empezaremos por hablar de los menores de edad no emancipados, en la misma forma en que los trata nuestro derecho positivo vigente en sus artículos 412 y 443 que a la letra dicen:

"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". (Art.412, C.C.)

"La patria potestad se acaba:

I...

II. Con la emancipación derivada del matrimonio...!"

(Art.443, C.C.)

Del contenido de los preceptos que se han transcrito con antelación, nos dan los elementos suficientes para explicar que los sujetos menores de edad caen --- bajo el ejercicio de la patria potestad, mientras dure la incapacidad de ejercicio de dichos menores, por parte de quienes son los titulares de tal derecho; y por lo que respecta al término "menores no emancipados", se encuentra su causa - en el hecho de que es precisamente la emancipación una de las formas establecidas por la ley para salir legalmente del ejercicio de la patria potestad.

Volviendo a nuestra posición respecto a los incapacitados por causa de demencia, siendo menores de edad, siguen las reglas generales normales de asistencia, protección y educación inherentes al cargo de la patria potestad; pero lo esencial en esos incapacitados, y que consideró aportación del suscrito a este ----- trabajo, es el caso de que aún cuando los incapaces mentales hayan alcanzado la - mayoría de edad, no salen de hecho de la asistencia protecto-formativa de ----- quienes lo tienen bajo su cuidado, en virtud de que jamás han alcanzado su capacidad de ejercicio, caso específico, en que dichos incapaces mentales hubieran - sufrido desde su nacimiento de tal deficiencia mental.

Desde luego, debemos tener en cuenta el objeto de la tutela, que paralela---- mente sigue los lineamientos de la patria potestad, tal como podremos contemplar.

lo en el artículo 449 del Código Civil, que reza:

"El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando --- sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los ---- casos especiales que señale la ley".

En la estricta interpretación que se hace a los elementos que componen las -- hipótesis del precepto en cita, tenemos; que habrá lugar a la tutela siempre y - cuando que los sujetos que tengan incapacidad natural y legal señalada en el --- artículo 450 de la misma ley en cita, no se encuentren bajo el ejercicio de la - patria potestad. Al respecto habrá que destacar que en un marco real, observamos que de hecho se dan situaciones en que personas normalmente desarrolladas, física y mentalmente y que han alcanzado su mayoría de edad, aún permanecen en casa de sus padres recibiendo su apoyo de dirección y a veces hasta protección; por - consiguiente, resultaría mucho más lógico que concibieramos el hecho de que las - personas que desafortunadamente en ningún momento de su vida han disfrutado de - una lucidez mental, tengan en sus padres a sus protectores natos que cumplen por ellos funciones de auxilio y socorro, aún cuando hayan alcanzado biológicamente - la mayor edad; pues jamás podrán valerse por sí mismos. Por lo que teniendo en cuenta la posición ética por parte de los padres en el sentimiento moral de ---- protección y cuidado debidos a los hijos caídos en el desafortunio de la vida -- normal e interpretando a contrario sensu la norma precitada, observamos que los - padres de hecho siguen teniendo bajo su patria potestad a dichos incapaces, en - términos de lo ordenado en los artículos 413, 414, 415, 425 y 427, todos del --- Código Civil.

Para abundar un poco más respecto al enfoque de los incapacitados mentales y tratando de justificar la idoneidad de seguir ejerciendo la función de cuidado y protección a ellos, el artículo 489 del Código Civil, nos informa sobre otro --- término de carácter jurídico, diferente al del nombramiento de los padres, que - es natural, atendiendo a sus impulsos subjetivos y a los que no llamaríamos ---- tutores, sino más bien titulares de la patria potestad en extensión a su ejerci-

cio; veamos el contenido del precepto aludido:

"Los padres son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando éstos no tengan hijos- que puedan desempeñar la tutela, debiéndose ---- poner de acuerdo respecto a quién de los dos --- ejercerá el cargo".

Completa la concordancia de los artículos del Código Civil vigente para justificar el hecho de que los padres siguen ejerciendo la patria potestad sobre los hijos menores, el artículo 482 fracción I que establece:

"Ha lugar a tutela legítima:

I. Cuando no hay quién ejerza la patria potestad - ni tutor testamentario..."

De lo cuál y utilizando la regla de exclusión y la interpretación a contrario sensu de dicha norma, tendremos que a falta de quiénes ejerzan la patria potestad entran las demás personas a cumplir la tutela legítima de los menores, en el orden que establece el artículo 483 de la Ley citada; considerando que tal disposición debería aplicarse de igual forma a los incapaces por causa de demencia y en edad adulta.

Las anteriores situaciones referidas, suceden cuando el hijo y los padres que viven en tal desafortunio no tienen ningún interés que vigilar, que no sea el -- del aspecto meramente humano, que es el acudir en auxilio de la persona que ---- llevando su sangre ha sufrido una vida vacía, como es el caso de los incapaces-- por causas de demencia total. En este aspecto, se trasluce que el contenido de la patria potestad se sigue cumpliendo en forma especial, ya que ha rebasado los límites legales impuestos por las leyes, más no los naturales que establecen un derecho perpetuo.

Quizás lleguemos a pensar que efectivamente la función de la patria potestad va a entrar a suplir la tutela de los incapaces mentales, cuando exista la necesidad de someterlos a una interdicción y poder determinar los cuidados a sus personas o bienes, tal como lo previene el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles en vigor para el Distrito Federal, que en su parte conducente otorga.

el cargo de tutores y curadores a los padres, dicho artículo dice:

"La declaración de incapacidad por causa de demencia se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto -- designe el Juez...III... a) Nombrar tutor y curador --- interinos cargos que deberán recaer en las personas --- siguientes, si tuvieren la aptitud necesaria para desem-- peñarlos: padre, madre...abuelos y... del incapaci----- tado..."

Esta cuestión, para nuestro modo de ver, no deja de ser más que una extensión en el ejercicio de la patria potestad por parte de quienes desde el nacimiento -- de esos incapacitados los han atendido y cuidado en cumplimiento a una función -- moral de su propia naturaleza.

Por último, nos referiremos al adoptado como sujeto pasivo de la patria potes-- tad, destacando las mismas reglas de que hablabamos con respecto al adoptante -- como el sujeto activo de tal relación. Ahí apuntabamos el carácter de la adop--- ción relativa que se maneja en nuestro sistema legal, por lo que sólo nos falta-- ría señalar que el adoptante podrá adoptar tanto a un menor de edad como a un in-- capacitado mental, habiendo tal posibilidad en razón a nuestra postura de mane-- jar a dichos incapaces como sujetos pasivos de la patria potestad; esa alterna-- tiva está contemplada por el artículo 390 del Código Civil, en su parte aplica-- ble a nuestro estudio, al decir:

"El mayor de veinticinco años , libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar -- uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando -- éste sea mayor de edad siempre que el adoptante ---- tenga diecisiete años más que el adoptado y que ---- acredite además:

I. Que tiene medios bastantes para proveer a la ---- subsistencia y educación del menor o al cuidado y -- subsistencia del incapacitado..."

## 2.- LA MATERIA DE LA PATRIA POTESTAD.

El tema principal tratado por la patria potestad en el derecho positivo mexicano contiene un doble supuesto atendiendo a los efectos que se producen en el ejercicio de la figura de nuestro estudio. Empezaremos por dejar apuntado los puntos - referidos, para lo cuál nos valdremos del siguiente esquema, para pasar en seguida a su desglosamiento.

		Deber de Crianza
		Guarda y Custodia
	Asistencia Protectoria	Obligación de Alimentarlos
		Representación
		Nombramiento de Tutor Testamentario
Materia o Contenido de la Patria Potestad.	Personal	
	Asistencia Formativa	Obligación de proporcionar una buena educación
		Derecho de Corrección
	Patrimonial: Bienes de los Hijos.	

Del anterior cuadro esquemático habrá de desprenderse la distinción entre los derechos que tienen los padres sobre la persona de los hijos menores o incapacitados y los derechos que le corresponden sobre los bienes de éstos; el artículo-413 del Código Civil, es claro al establecer:

"La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos..."  
(Art.413, C.C.)

Atendiendo el primer efecto en orden de importancia, que es el personal, --- tenemos que los padres transmiten a sus hijos parte de su personalidad, ya que ésta se constituye para los hijos en una serie de costumbres, creencias, ideas, sentimientos, etc., que la ley recoge en el reconocimiento a los atributos de la

personalidad de cada sujeto. No debemos olvidar que precisamente todo individuo va a gozar de dichos atributos que los van a distinguir en una colectividad organizada de personas.

Ahora bien, este primer motivo de nuestro estudio y de contenido personal, -- existe por la consideración de que en las relaciones que hay entre padres e ---- hijos están representados por los más altos valores morales, espirituales y ---- sociales y entre todas las relaciones jurídicas posibles; así de esta manera --- estos aspectos quedan comprendidos en los artículos 411 y 422 de la multitudada-Ley Civil.

"Los hijos, cualquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".  
(Art.411, C.C.)

"A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente..."  
(Art.422, C.C.)

De los preceptos transcritos se desprende el fundamento en que dichas relaciones reposan, son un hecho natural que se le impone al legislador, de tal manera que impulsos totalmente naturales como son el amor, la asistencia, la protección toda la crianza y respeto de padres e hijos, por ser valores espirituales innatos, son irrefrenables y por lo tanto, no se pueden modificar ni moderar ----- siquiera, ya que obedecen más a una ley natural que a una recopilación legislativa. Por lo que de estas líneas comprendemos, la materia de la patria potestad en este aspecto es personal, sin tomar en cuenta que estos valores tan subjetivos, estén contenidos en el capítulo y título respectivo de la materia tratada - en nuestra Ley Civil, debido quizás a que el legislador no tenga la visión objetiva para captar tales lineamientos naturales.

Dentro de nuestro planteamiento personal de la patria potestad, la primera -- asistencia de los padres con sus hijos se presenta con el razgo de protección, -- siendo lo primero en suceder, el deber que tienen los padres de criar a sus ---- hijos a través de los primeros cuidados y el otorgamiento de satisfactores que - necesita todo ser animado en este mundo; y, con respecto al ser humano concretamente, generalmente comprende las épocas de la infancia y la impubertad. La ----

experiencia de la vida lo ha arrojado a esa situación, aún cuando el cumplimiento de la obligación de crianza está a cargo de ambos padres; así lo impone el -- artículo 164 del Código Civil, que en lo conducente expresa:

"Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación -- de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga -- en la forma y proporción que acuerden para -- este efecto, según sus posibilidades..."

No obstante lo anterior, se observa que es la madre la que de manera especial lleva a cabo tal función, siendo el marido quién debe suministrarle todos los -- recursos necesarios para que ella pueda cumplir su deber adecuadamente, de tal -- forma que se debe entender que el espíritu de la Ley Civil en sus artículos 168- y 313 concede y regula tal situación, al precepturar:

"Si sólo algunos tuvieren posibilidad, entre ellos se repartirá el importe de los alimentos; y si uno solo la tuviere, él cumplirá -- únicamente la obligación".

En forma correlativa y para que los padres estén en la posibilidad plena de -- cumplir con esas obligaciones primarias, les es concedido el derecho de que los hijos menores que estén bajo su guarda y custodia, se encuentren en sus domici-- llios que hayan establecido para que vivan los componentes de su familia toda vez que con dicho supuesto se estará otorgando principios de respeto y seguridad a -- los miembros de un hogar; así desde un primer momento observamos que los cóny-- uges se tienen que ajustar a tal regla, misma que se encuentra contenida en el -- artículo 163 del Código Civil, que reza:

"Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, -- el lugar establecido de común acuerdo por -- los cónyuges, en el cuál ambos disfrutarán --

de autoridad propia y consideraciones ---  
iguales..." (Art.163, C.C.)

Por lo que hace al concepto de domicilio, debe entenderse por tal, el estable  
cido por los artículos 29 y 30 del Código Civil, que dicen:

"El domicilio de una persona física es el  
lugar donde reside con el propósito de ---  
establecerse en él; a falta de éste, el --  
lugar en que tiene el principal asiento de  
sus negocios y a falta de uno y otro, el -  
lugar en que se halle".(Art.29, C.C.)

"Se presume el propósito de establecerse--  
en un lugar, cuando se reside por más de -  
seis meses en él..." (Art.30, C.C.)

En las líneas anteriores manejamos un atributo de la personalidad de los ----  
padres proyectada a la que se está formando en sus hijos; al respecto, el maes--  
tro Rojina Villegas habla de los elementos que intervienen en la constitución de  
un domicilio, y entre ellos destacamos a los "vínculos de familia" (52) como ---  
factor primordial para que los hijos menores de edad o incapaces mentales, se --  
encuentren en el domicilio instalado por sus padres para su guarda y cuidado.---  
Esta concepción es tomada por la Ley Civil en los artículos 421 y 32 fracción I,  
que establecen:

"Mientras estuviere el hijo en la patria -  
potestad, no podrán dejar la casa de los -  
que la ejercen sin permiso de ellos o ----  
decreto de la autoridad competente".  
(Art.421, C.C.)

"Se reputa domicilio legal:

I. Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está --- sujeto..." (Art.32, C.C.)

En seguida nos ocuparemos de dos obligaciones de los progenitores contempladas por la asistencia protectiva y formativa hacia los hijos, ya que no podríamos separarlos de tales efectos, en virtud de que ambos marchan simultáneamente. En efecto, tal situación se presenta de esa forma puesto que no justificaremos - de modo alguno que los padres únicamente se destaquen como tales cuando sean --- portadores de elementos materiales para sus hijos, es decir, que de acuerdo con el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias - que por cierto tienen en el parentesco su fuente -, ellos crean que están cumpliendo con el contenido de la patria potestad, cuestión totalmente errónea, ya que ese deber alimentario es -- precisamente en el efecto protectivo; pues en la asistencia formativa es donde - se encuentra el contenido real de la patria potestad, al señalar la obligación - de "proporcionar una educación" a los hijos que estén bajo el cuidado de los --- padres tomando en cuenta que dicha función cumple con el objetivo fundamental -- que es precisamente la asistencia formativa investida de valores intrínsecos de tipo moral, con tendencias equilibradas a fines sociales. En consideración a --- tales señalamientos, tenemos que en nuestro derecho positivo se distinguen ---- dichas situaciones en los artículos 164, 165, 303, 308, 311, 314, todos del ---- Código Civil, que a la letra dicen:

"Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la -- educación de éstos en los términos que la ley establece, sin - perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción -- que acuerden para este efecto, según sus posibilidades..." (Art.164, C.C.)

"Los cónyuges y los hijos en materia de alimentos, tendrán --- derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quién tenga - a su cargo el sostenimiento económico de la familia..." (Art.165, C.C.)

"Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A -- falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado". (Art.303, C.C.)

"Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habita--- ción y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos adecuados a su sexo y circunstancias personales". (Art.308, C.C.)

"Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades de que debe darlos y a las necesidades de quién debe recibir los..." (Art.311, C.C.)

"La obligación de dar alimentos no comprende la de proveer de capital a los hijos para ejercer el oficio, arte o profesión a que se hubieren dedicado". (Art.314, C.C.)

Los anteriores preceptos transcritos muestran el deber que tienen los padres de proveer de los elementos más indispensables para la subsistencia de los hijos en las etapas primarias de su vida. Más sin embargo, en el aspecto de nuestro -- estudio destacamos la asistencia formativa que observamos en las reglas que la - contienen y que en forma muy objetiva lo señalan, aparte del artículo 164 citado líneas arriba, los artículos 168, 413, 422, 423 de la misma Ley Civil, que dicen

"El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y conside raciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo - todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan..." (Art.168, C.C.)

"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..." (Art.413, C.C.)

"A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad --  
incumbe la obligación de educarlo convenientemente..."  
(Art.422, C.C.)

"Para los efectos del artículo anterior los que ejerzan la --  
patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la --  
facultad de corregirlos y la obligación de observar una con--  
ducta que sirva a éstos de buen ejemplo..." (Art.423, C.C.)

Las hipótesis contenidas en los artículos citados, nos muestran como una de -  
las principales finalidades de la patria potestad, la función que tienen los --  
padres de proporcionar una educación idónea para sus hijos, contemplando su cum-  
plimiento de una manera común y digna, a grado tal, que resulte de esa imagen --  
una conducta ejemplar para los hijos en su adaptación al medio social.

Dentro de la asistencia protectora para los menores hijos o incapaces menta--  
les está la función de los padres de constituirse en sus representantes legítim--  
os, toda vez que es precisamente cuando se encuentran en tales supuestos, están--  
aquéllos bajo su cuidado, constituyendo restricciones a su capacidad de ejerci--  
cio. Así tenemos que los artículos 23, 424, 425, 427 del Código Civil y 45 del--  
Código de Procedimientos Civiles, hablan acerca de la calidad de representantes--  
legítimos que tienen los padres con respecto a sus hijos. A saber:

"La menor de edad, el estado de interdicción y las demás inca-  
pacidades establecidas por la ley son restricciones a la perso-  
nalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus ----  
derechos o contraer obligaciones por medio de sus representan-  
tes". (Art.23, C.C.)

"El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer -  
en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consenti-  
miento del que o de los que ejerzan aquél derecho. En caso de-

irracional disenso, resolverá el Juez". (Art.424, C.C.)

"Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración-- legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las pres--- cripciones de este código". (Art.425, C.C.)

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

"Por lo que no se hallen en el caso del artículo anterior ---- comparecerán sus representantes legítimos o los que deban ---- suplir su incapacidad conforme a derecho..." (Art.45, C.P.C.)

Los anteriores preceptos transcritos contienen la representación legal de los menores e incluso de los incapaces mentales, por los ascendientes que tienen el ejercicio de la patria potestad sobre aquéllos; la justificación al nombramiento y a la función de tal derecho y deber se encuentra, según el maestro Galindo --- Garfias "... en la consecuencia de que a ellos se ha encomendado el cuidado de - la persona y de los bienes del menor; porque parece evidente que aquél que desem peña esa función protectora, y ha asumido la responsabilidad de actuar en ----- interés del hijo, tenga a su cargo la representación de éste, supliendo su inca pacidad..." (53) Esto viene a confirmar lo que ya antes habíamos señalado, al -- decir, que son precisamente los padres los representantes naturales de sus hijos por lo que el reconocimiento estatal, no es más que un producto de una función - inmanente de la vida misma.

Por último y dentro de nuestro planteamiento, en la asistencia formativa se - da el derecho a los padres de corregir y quizás hasta de castigar a los hijos -- que tienen bajo la patria potestad, para su debida formación, siempre y cuando - dicha facultad imperativa de los padres se tenga que practicar en forma necesaria y previniendo una desadaptación social del sujeto pasivo de la patria potes- .

tad. Deberá hacerse, de igual manera, en forma moderada, ya que en caso contrario, se estaría extralimitando en dicha función causando con tal exceso un problema más grave al corregido y de manera inmediata se presentaría un desequilibrio sociofamiliar y en el aspecto penal constituiría esa conducta un ilícito, sancionado por la Ley de dicha materia. El mencionado derecho de corrección se encuentra regulado en el artículo 423 del Código Civil, que dice:

"Para los efectos del artículo anterior los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos. ... Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente". (Art.423, C.C.)

#### CONTENIDO PATRIMONIAL.

Aún cuando diversos autores integran el aspecto patrimonial al concepto de la patria potestad, tal cuestión no es más que una consecuencia a los efectos principales del contenido de tal figura, como son el cuidado y la asistencia a la persona del hijo menor de edad o al incapacitado mental. Al respecto, debemos recordar nuevamente, que el patrimonio es precisamente un atributo de la personalidad, y que, en los sujetos que se encuentran en un estado de incapacidad natural o legal, el reflejo de su personalidad está restringido y por lo tanto, resulta inevitable que a la vez que se cumple con el cuidado de la persona de los incapaces, ya sean menores o dementes, también se da el caso de salvaguardar los bienes que le pertenezcan, complementándose la función social de los padres de procurar la seguridad y bienestar de los hijos sujetos a la patria potestad.

Será oportuno recordar en este punto alguna noción acerca de lo que es el patrimonio. Citaremos la que Planiol consigna en su obra, al decir, que el patrimonio "es el conjunto de derechos y obligaciones de una persona apreciables en dinero". De esta manera, consideramos que los hijos pueden tener derechos y obligaciones que sean estimados pecuniariamente; por lo que, ante tal compromiso material y ante la falta de solvencia en la madurez de las decisiones de los menores, es por lo que en sus bienes y deudas, es necesario que estén representa

dos para su debido resguardo y administración, contemplando, desde luego, la posibilidad de que a raíz de la administración o protección de esos bienes, se tenga de alguna manera que enfrentar los compromisos que por vía de obligaciones deriven de esa situación. En atención a lo anteriormente expuesto, es por lo que el legislador estableció que nadie mejor que los padres de esos incapaces, menores o insanos mentales para representarlos en tales situaciones, por considerar que los padres o demás ascendientes, son sus protectores naturales; de esta forma, dicha representación está contemplada en nuestro Código Civil, en los artículos 425, 426, 427, citados con anterioridad.

De igual manera el legislador, también supone que pudiera existir un choque inevitable de intereses entre padres e hijos en la posibilidad del manejo o administración de los bienes de los mencionados incapaces, cuestión que rebasaría los límites que el derecho permitiese, para poder estimar la intención del representante, por lo que ante el caso de duda, prefirió proteger el interés del menor o incapaz mental; así lo demuestra el espíritu de la Ley Civil en su artículo 440, que textualmente dice:

"En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos serán éstos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el Juez para cada caso".

No obstante las anteriores situaciones y considerando que el Estado tiene como finalidad, el cumplir cabalmente con la función de proteger los intereses colectivos, en tratándose de personas incapaces, establece una serie de obligaciones a quienes están representando a dichos menores o incapaces mentales, a los que nos referiremos más adelante.

### 3.- LOS FINES DE LA PATRIA POTESTAD.

En otras épocas pensaríamos que los fines de la patria potestad eran los tradicionales, al considerar que los padres debían atender, sin dificultad alguna --- aparente, la crianza y formación de sus hijos a fin de seguir constituyendo --- unidades familiares; que en su oportunidad se ocuparen de los medios de subsis--- tencia, tanto desde el punto de vista de la producción como del consumo; y en -- donde, los miembros de esas unidades familiares, participan en la división del - trabajo y por consecuencia en los rendimientos de éste. Así los integrantes no - sólo de la familia originaria, sino de las demás compuestas, seguirían cuadros - de dirección y formaciones entre las nuevas generaciones. Quizás éstas líneas -- quedarían perfectamente enmarcadas en aquél pasaje del Quijote en el que la ---- esposa de Sancho Panza describe el matrimonio ideal para el hijo, al relatar, -- "cómo uno en el que se tendría siempre al marido 'a nuestros ojos' y seremos --- todos unos, padres e hijos, nietos y yernos, y andará la paz y la bendición de - Dios entre todos nosotros".

En la actualidad ya no es posible aplicar la semblanza anterior, toda vez que nos encontramos en otro contexto social, en otro margen económico y en un descen- so de valores. Hoy en día, donde la familia, resulta afectada por las cada vez - más crecientes condiciones urbanas e industriales, en donde la teoría malthusia- na, es cada vez más tangible, y por lo tanto, un derecho tan privado como lo es - el ejercicio de la patria potestad adquiere matices de imperativos hacia los --- padres de cumplir reflexionadamente y en forma debida con tal función.

Tomando en cuenta lo anterior, veremos que la finalidad de la patria potestad va a consistir en un fin social, ya que en la consideración de que la familia -- viene a ser el principal agente socializante del ser humano, en donde se encuen- tra naturalmente inserto; es por lo que, los padres en primer término, el Estado como director de un conjunto de familias ( 54 ) y la comunidad en posteriores -- términos, deberán preguntar ¿Cuál es el objeto que buscan al constituirse en -- padres de familia ? ¿Cuál será el papel que a cada quién va a corresponder ? - ¿Qué elementos serán necesarios de proveer a sus ejercidos, para que alcancen - una verdadera madurez ? ¿él fincar esa seguridad, es una verdadera integración

social ?

Todas las anteriores interrogantes muestran las siguientes alternativas: los padres deberán consentir la realidad de que actualmente no es posible tener ---- demasiados hijos a los que no se les va poder atender debidamente y menos aún -- proveer de los elementos necesarios para enfrentar una competencia que en ocasiones es desleal y desventajosa para los hijos de familias económicamente débiles; contemplando que para lograr dichos propósitos será indispensable sumar los ---- esfuerzos del padre y de la madre para cubrir el aspecto económico, disminuyendo por consiguiente, el aspecto afectivo que los hijos requieren. Por parte del --- Estado le correspondería desanimar la fecundidad desmedida, ya que en ocasiones- tal concepción está desprovista de reflexión; otra de las tareas que tendría el- Estado sería el de estimular los casos relevantes de cohesión y progreso ----- familiar, en base a su estabilidad, armonía y unión de sus componentes.

En este sentido, recordemos sólo para ilustrar dicha situación, las ideas que Stuart Mill tenía acerca de tal caso; en la consideración de dicho autor, "Debería ser respetado el derecho y la libertad de la mujer para ser madre, ya que -- generalmente no se le consulta si quiere o no serlo. Muchas veces se le impone - la maternidad..." (55). En dicho aspecto apreciaríamos la intervención de la --- pareja de concientizar la idea de la procreación de su prole; y, por otro lado, - la intervención estatal de estimular a las familias pequeñas que logren un mayor avenimiento a sus fines. El mismo autor, catalogado como Neomalthusiano, reprime a las familias numerosas y declara: "que el obrero nunca mejorará su situación - económica, si no restringe el crecimiento de su prole..." (56) Al respecto, cabe la siguiente interrogante ¿ No es el caso, que en nuestras clases sociales medias y inferiores en el aspecto económico, sólo están constituyendo líneas generacionales de tipo decreciente ? Eso no es una ficción ya que se está viviendo --- actualmente, en virtud de que establecen arraigo de vicios, de decadencia y no - de prosperidad, haciendo imposible el cumplimiento de los fines filiales paterna- les de dar una correcta formación a los hijos para constituirse en generacio-- nes potencialmente valiosas para la sociedad; ocurriendo que en lugar de cubrir- escuelas que conduzcan al fortalecimiento intelectual de los hijos que puedan -- aprovechar diversas oportunidades, se de el caso, de que ante decenas de milla-- res de hijos que buscan una oportunidad para todos, sólo sean unos cuantos los -

(55) Gómez Granillo Móises, Breve Historia de las Doctrinas Económicas, p.136,

Ed.Esfinge, S.A., México, 1977.

(56) Idem.

afortunados, por lo que, ante tal situación, se ha observado el que los hijos --- prefieran seguir el status de los padres y se sigan eslabonando conductas irreflexivas, que al paso del tiempo, se encuentren en el mismo caso o quizás aún -- más grave al que pasaron; más aún, en un país ya incapaz de atender efectivamente a su numerosa población. Ante esta situación, se da el triste resultado de -- malestares sociales de la misma juventud, como pueden ser, el aumento creciente de divorcios (que rompen la armonía en el cumplimiento de la patria potestad), -- de delincuencia juvenil, de drogadicción, de abandono escolar, etc., conductas -- antisociales que propician el desequilibrio en una sociedad y el ocultamiento -- a vivir siempre a expensas de la incertidumbre y al sucio manejo de unos cuantos -- ante la preocupación de la subsistencia de los grupos familiares.

El invocar la frase tan trillada "la familia constituye la célula de la sociedad", tiene su explicación, al desentrañar su esencia. Es una "célula biológica" puesto que la sociedad crece y se renueva; de esta forma y aplicando tal regla -- en la actualidad, diríamos que ese crecimiento deberá ser meditado, en cuanto a -- una fecundidad estricta, para poder ser agraciados los hijos con las atenciones, -- cuidados y direcciones de los padres con núcleo reducido al que puedan atender -- debidamente. Decimos que es una "célula moral", en cuanto a que, las virtudes -- sociales se aprenden y se afirman en la familia, por tanto, que el ser una familia -- pequeña, los ejemplos acerca de la honorabilidad de los padres, serán mejor -- comprendidos y aplicados por los hijos. Por último, es una "célula cultural", en -- virtud, de que las culturas envejecen y decaen; por lo que, al no estar activa y -- preparada debidamente la familia, se cae en un estado subcultural que en nada -- beneficia a las líneas generacionales futuras.

En conclusión a nuestro título, podríamos decir, que la finalidad de la ---- patria potestad, será por parte de los padres, primeramente concebir en forma -- responsable y meditada el procrear sólo a los hijos a los que puedan atender --- debidamente y ofrecerles los elementos, ya no sólo indispensables, sino de ---- índole espiritual y material, que logren sentar las bases a la satisfacción de -- las necesidades integrales del ser humano, en el contexto social, buscando el -- fortalecimiento generacional que cumplan con los fines sociales indispensables -- para el mejoramiento de la vida de cada uno de los que forman una sociedad deter -- minada y por consecuente se observe el progreso nacional; en esta posición esta -- ríamos justificando la afirmación de considerar a las familias potencialmente -- valiosas para una sociedad, donde se busque la paz, tranquilidad y prosperidad.

Si el derecho positivo en la materia de la patria potestad y en los derechos y obligaciones que de ella se generen, recogiera lo anteriormente expuesto, ---- resultaría todavía incompleto e inaplicable a nuestro tiempo, como se puede ---- observar de la siguiente transcripción de los artículos, que bien podrían apli-- carse a tales concepciones:

"Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a ----- socorrerse mutuamente.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera - libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamento de sus hijos. Por lo que toca al ma-- trimonio, este derecho será ejercido de común acuer do por los cónyuges". (Art.162, C.C.)

"Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad.- Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación pri maria del alimentista y para proporcionarle algún - oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales". (Art.308, C.C.)

"A las personas que tienen al hijo bajo su patria - potestad incumbe la obligación de educarlo conve--- nientemente.

Cuando llegue a conocimiento de los Consejos --- Locales de Tutela que las personas de que se trata-- no cumplen esta obligación lo avisarán al Ministe-- rio Público para que promueva lo que corresponda..." (Art.422, C.C.)

#### 4.- LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES INHERENTES A LA PATRIA POTESTAD.

El hablar de los derechos y obligaciones derivados del ejercicio de la patria -- potestad necesariamente nos impone recordar la excelente base jurídica que el -- maestro García Maynez aporta en su tradicional obra, al señalar que en un estado de derecho, siempre existirán preceptos o normas impero-atributivas, que al mismo tiempo que imponen deberes conceden facultades (57). Así destacamos en este - trabajo particularmente que la función encomendada a los padres, requieren éstos de ciertos derechos que son al propio tiempo deberes, convirtiéndose tal rela--- ción, en un doble carácter de deberes y derechos, que se dan a un mismo tiempo y en forma correlativa con los hijos.

Por cuanto hace a las funciones de los padres, como sujetos activos de la --- patria potestad, tal y como lo dejamos planteado en el título correspondiente de este nuestro estudio, observamos los siguientes deberes con sus correlativos --- derechos:

##### A) FUNCION DE GUARDA Y CUSTODIA.

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

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

Respecto a esta situación, lo normal es que los padres tengan bajo su guarda- y cuidado a sus hijos en el hogar que de común acuerdo la pareja previamente --- estableció para ello, ya que como lo hace notar Cicu: "...El hogar familiar es, en efecto, el lugar más adecuado en principio para la vida del menor. Los meno- res deben, por tanto, habitar en el hogar común de los padres; así el domicilio- de los padres es al propio tiempo domicilio legal de los hijos..." (58). Consi--

(57) García Maynez, op. citada, p. 37

(58) Cicu Antonio, El Derecho de Familia, p.297, Ed. Kraft.

derando las palabras transcritas del citado autor, es precisamente la unidad --- familiar la que ofrece la seguridad y la libertad de los componentes familiares, a través del hogar mismo de los progenitores, digamos que es su pequeño mundo, -- donde los hijos son los reinantes y súbditos de tal imperio. Esta situación, --- desde luego, está prevista en nuestra ley positiva; se contempla su regulación - en los artículos 421 y 32 fracción I, del Código Civil, que en su parte conducen te dicen:

"Mientras etuviere 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". (Art.421, C.C.)

"Se reputa domicilio legal:

I. Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto..." (Art.32, C.C.)

No obstante lo anteriormente preceptuado, tal situación toma otros rumbos de conveniencia o de rompimiento al equilibrio familiar; en el primer caso, se puede dar un cierto margen discrecional a los padres para cumplir dicha función, -- observando que en ocasiones les es aconsejable, que para la guarda y educación - de los hijos, sería favorable encomendar o auxiliarse de instituciones de enseñanza especialmente destinadas a tal fin; desafortunadamente y aunque en casos - mínimos se da este supuesto, debido a las ocupaciones de los padres que se ven - obligados antes que nada, a cubrir las asfixiantes necesidades inmediatas de los propios hijos y de ellos mismos. En el segundo caso, vendría siendo la ruptura - de entendimiento por parte de los padres cuando estos han llegado a los divor--- cios, nulidades de matrimonio, separaciones, etc.; y por consiguiente, al deshacerse el hogar se perjudica a los hijos grandemente quiénes al no poder vivir en compañía de sus progenitores surge la penosa situación de determinar a quien de los padres o incluso de terceras personas, se les va a conceder la guarda y custodia de los menores provisionalmente, mientras se sigue la substanciación de un proceso, y se espera la sentencia que resuelva definitivamente sobre la atribución de la patria potestad.

Por otra parte, se puede hablar de igual forma de los hijos que incurran en algún ilícito, los cuales se ven afectados en cuanto a la determinación de los Consejeros de menores, que ordenan sean sometidos a un internamiento para su readaptación al medio social, o bien se les designe para habitar temporalmente una casa distinta a la de sus padres, quizás bajo la observación de la persona interesada en vigilar con profesionalidad su conducta.

Para finalizar con este apartado, de igual manera, podemos observar que el padre se ve afectado para el cumplimiento de su función, ya sea porque el menor abandona la casa, o bien porque sea retenido por un tercero, tendrá el derecho de reclamar, en el primer caso, la reintegración de dicho menor al domicilio familiar con auxilio de la autoridad respectiva; y, en el segundo caso, también tendrá el derecho natural y absoluto de solicitar, en vía de reclamación, su reinviudicación; y la posibilidad de pedir la regulación del mencionado derecho, esto es el ejercicio de la patria potestad que tiene sobre sus hijos menores de edad no emancipados, demanda que será solicitada en base a causa justa y motivada.

#### B) LA OBLIGACION DE ALIMENTAR A LOS HIJOS MENORES O INCAPACITADOS.

Citando lo que las partidas ordenaban al respecto, comentaremos el presente punto. Las Leyes de Alfonso el Sabio imponían a los padres el deber de crianza de los hijos, precisando su alcance, al decir: "LES DEVEN DAR QUE COMAN, E QUE VISTAN, E QUE CALCEN, E LUGAR DO MOREN, E TODAS LAS OTRAS COSAS QUE LES FUERE MENESTER, SIN LAS QUALES NON PUEDEN LOS OMES BIUIR" (59).

De esta manera comprendemos que dicho deber es identificado como una función natural, en la que desde el inicio de la vida de los hijos los padres la cumplen en forma instintiva, a través de la asistencia protectora; así el autor Ruiz Lugo, en su reciente obra especializada, describe: "... la descendencia al inicio de su vida, es alimentada con la leche materna, por un instinto primitivo, ya que aún las fieras proceden de igual modo... Así pues, una vez que el individuo dejó de ser lactante, continúa teniendo ciertos impedimentos para conseguir sus medios de subsistencia, hasta que adquiere desarrollo físico y mental, así como el aprendizaje que han de permitirle obtenerlos más adelante; mientras ----

---

(59) Part. 4ª, Tit. XIX, Ley 2ª, Enciclopedia Omeba

tanto, es alimentado por sus mayores en el seno de la familia por regla general, haciéndose presente la solidaridad humana..." (60)

Ese cumplimiento es recogida por nuestro Código Civil, en los artículos 303 y 308, que a la letra rezan:

"Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que --- estuvieren más próximos en grado". (Art.303, C.C.)

"Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la ---- habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además - los gastos necesarios para la educación primaria del al mentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias - personales". (Art.308, C.C.)

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

#### C) FUNCION A LA EDUCACION DE LOS HIJOS.

Esta función tiene su apoyo en el hecho de que, la naturaleza atribuyó a los progenitores la misión de formar a los hijos que procrean, es decir, a los llamados efectos personales de la asistencia formativa, considerando que el padre por

(60) Ruiz Lugo Rogelio A., Práctica Forense en Materia de Alimentos, p. 2  
Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1986.

ser "principio de generación", es asimismo, "principio de educación para sus --- hijos".

En dicha función surge la interrogante ¿ Qué hay que entender por educación-- de los hijos ? A lo que ciertos autores contestan, como Castán Vázquez, al decir que: "La educación del hijo debe tender a prepararlo para una vida sana, física- y moralmente, proporcionándole instrucción intelectual, física, orientación profesional y formación cívica" (61), complementa la idea Kipp y Wolff, diciendo -- que "La educación es la influencia psíquica con el fin de formar su carácter y - espíritu". (62)

En nuestra opinión y tomando en cuenta lo manifestado con antelación, donde - intervienen diversas comunidades, aparte de la familia, podemos plantear la edu- cación como el medio para proveer de los elementos axiológicos, religiosos, ---- intelectuales y físicos que concurren a la debida formación de las próximas ---- líneas generacionales para formar una estructura potencialmente valiosa a la --- fortaleza de un país. Gráficamente representaríamos al esquema educativo, de la siguiente manera:

	EDUCACION MORAL	
		Instrucción Básica
		Educación Física
EDUCACION	EDUCACION ELEMENTAL	Educación Cívica
		Instrucción Técnica ó Media Superior
		Educación Profesional
	EDUCACION RELIGIOSA	

#### CELULA SOCIAL. (OPINION DE CICU)

Observando que de nuestra división educacional, comprendemos el de la educa- ción elemental, ésta es considerada como célula social, ya que a decir de Cicu: "... la educación no es sólo un interés del hijo y de la familia, sino también - del Estado, y, constituye una experiencia directa específica de éste".(63)

(61) Castán Vázquez José Ma. op. citada, p.200

(62) Kipp y Wolff, Derecho de Familia, Trad. Castán Tobeñas, p.47, Ed. Bosch, Barc.1952.

(63) Cicu, op.citada, p.296

En efecto, recordemos lo que mencionamos al tratar el interés estatal de ---- acudir en su apoyo para la formación de los hijos menores por considerarlos miembros activos en el futuro de una Nación; esa quizás sea la finalidad de la ---- patria potestad, pues nuestro derecho positivo recoge esa hipótesis en los artículos 3º de la Constitución Federal y 422 del Código Civil, que dicen:

"La educación que imparta el Estado - Federación, Estados, Municipios - tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en el... c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto - con el aprecio para la dignidad de la persona y LA INTEGRIDAD DE LA FAMILIA, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de..." (Art.3º, Const.)

"A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente..." (Art.422, C.C.)

#### D) FUNCION DE CORREGIRLOS.

El artículo 423 del Código Civil, recoge esta situación, que faculta a los -- padres para corregir a los hijos que tenga bajo su cuidado en ejercicio de la -- patria potestad, al señalar:

"Para los efectos del artículo anterior los que ejerzan--- la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos..."

El mismo artículo, anterior a las reformas de 1975, contenía la siguiente --- hipótesis:

"Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de-- corregir y castigar a sus hijos mesuradamente..."

Es decir, el legislador utilizaba el término "castigo" como un medio que --- podía servir a los padres en el derecho de corregir las conductas rebeldes o --- poco deseables de los hijos; sin embargo, ese castigo en ocasiones sobrepasaba los límites de la suavidad, para convertirse en verdaderos sometimientos a la -- tortura o a un ineludible daño físico y mental para los hijos; observando que en lugar de mejorar su conducta, lo volvían más rebeldes no obstante el castigo desmesurado. Entendemos pues, que la intención del legislador fué buena al dejar -- totalmente reconocido el derecho de corrección, relacionándolo con el "buen ejem plo" que los padres deben dar a sus hijos.

Hemos comentado acerca del derecho de corrección invocando incluso, la inmejo rable posición que Planiol tiene respecto al ejercicio de tal derecho, conside--rándolo un ilícito, cuando traspase o agreda el mínimo de derechos a la seguridad de la integridad corporal y mental del sujeto a la corrección (64); de esta--manera lo contempla el derecho penal en su hipótesis comprendida en el artículo--295 del Código Penal, al decir:

"Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su--guarda, el Juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquéllos derechos".

Así para la Ley penal, la conducta de quienes ejercen la patria potestad o la tutela, obedece al "animus corrigendi" y no configura, para algunos autores pena listas, el dolo de lesión. Es decir, la corrección de los hijos deriva del mismo derecho de educar y formar a los citados menores, por lo que, para ejercitar tal facultad deberá ser exclusivamente por quienes estén autorizados para ejercitar--la legítimamente. Por otra parte, el hecho de que el agente no cause lesiones al pasivo, con abuso de su derecho de corregir, evita la "crueldad o también la --- innecesari frecuencia".

#### E) DERECHO A NOMBRAR TUTELA TESTAMENTARIA.

Una figura que concurre a los derechos que tienen los padres en el cumplimen--

---

(64) Planiol, op. citada, p. 246

to a la función de la patria potestad, es la tutela, aunque el término y aplicación de la misma, todavía no ha sido aceptada plenamente, por las razones que -- más adelante quedarán expuestas.

En orden a la ilustración del presente apartado, diremos que el artículo 470- del Código Civil, contempla la siguiente situación:

"El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414, tiene - derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquéllos sobre quiénes la ejerza con inclusión del hijo póstumo".

Incluso esta posibilidad deja al descubierto una aberrante contrariedad normativa, ya que el artículo 471 de la misma Ley, dispone:

"El nombramiento de tutor testamentario, hecho - en los términos del artículo anterior, excluye - del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulterior grado".

Comentaremos los anteriores supuestos normativos, ya que al hacerlo, destacaremos lo contradictorio en que cae el trabajo legislativo; en el primer caso, se concede el derecho al sujeto que ejerce la patria potestad, nombre un tutor en - su testamento para las personas que están en ese supuesto; pero no conviene el - legislador en señalar, que tal situación ocurriera, en caso de no existir quien - pueda ejercer la patria potestad, sobre los hijos incapaces o por minoría de --- edad, ya que tal función es un imperativo natural y legal, el que se reconozca - como representante legítimo de los menores, en términos de los artículos 412, -- 413, 414, 420, 425, 426, del Código Civil, anteriormente citados. En el caso --- específico de los incapaces por demencia, el artículo 489 de la Ley precitada, - señala:

"Los padres son de derecho tutores de sus hijos- solteros o viudos, cuando éstos no tengan hijos- que puedan desempeñar la tutela, debiéndose ---

poner de acuerdo respecto a quién de los dos ---  
 ejercerá el cargo".

Aún más, se contempla la alternativa para el nombramiento de un tutor testam--  
 entario, al excluir a los demás ascendientes, olvidándose que éstos últimos --  
 nombrados, ipso iure, entran a ejercitar la patria potestad sobre las personas--  
 sujetas a ella, como es el caso de los abuelos paternos o maternos, a falta de -  
 los padres; de esta manera lo resuelve el citado artículo 471 del Código Civil.-  
 Dicha cuestión deberá considerarse como inoperante, ya que las reglas estableci--  
 das en el capítulo respectivo del Código Civil referente a la patria potestad,--  
 ordena en los artículos 414, 412, 418, 420, 426, que los demás ascendientes ----  
 entren al ejercicio de la patria potestad; incluso, podemos observar en el mismo  
 título de la tutela testamentaria, trata de enmendar su confusión, al establecer  
 en el artículo 472, lo siguiente:

"Si los ascendientes excluidos estuvieren incapa-  
 citados o ausentes, la tutela cesará cuando cese  
 el impedimento o se presentan los ascendientes, a  
 no ser que el testador haya dispuesto expresamen-  
 te que continúe la tutela".

Tales supuestos normativos admiten la observación hecha, tomando en cuenta --  
 que el ejercicio de la patria potestad es irrenunciable y por ser normas de ----  
 orden público; por lo tanto, sólo en los casos contemplados por la Ley, se admir-  
 tirá la excusa en su ejercicio, en forma justificada.

En relación a la figura de la adopción, el artículo 481 del Código Civil, a -  
 la letra dice:

"El adoptante que ejerza la patria potestad ----  
 tiene derecho de nombrar tutor testamentario a -  
 su hijo adoptado, aplicándose a esta tutela lo -  
 dispuesto en los artículos anteriores".

Aparece como muy encomiable la comentada adopción relativa regulada por nues-  
 tro derecho positivo, pero el legislador olvida que por tener como característi-  
 ca la figura mencionada, la relación existente en el parentesco civil, sólo va a

darse entre los adoptantes y el o los adoptados, mostrando la alternativa de que se apliquen las reglas destinadas a la relación filial, por parentesco de consanguinidad. Es claro, que en este caso, si se puede dar abiertamente la posibilidad del nombramiento de un tutor por vía testamentaria a la falta de los adoptantes, ya que en tal situación, nadie más va a entrar al ejercicio de la patria -- potestad, dándose por terminada ésta.

#### F) REPRESENTACION DEL MENOR.

Atendiendo a los lineamientos perfectos del derecho natural, aceptamos que en condiciones normales, los padres por ser los protectores innatos de sus hijos, -- actúan en su beneficio, tanto en forma espiritual como material; el caso es que los hijos, como sujetos pasivos de la figura de nuestro estudio, se pueden encontrar en la situación de enfrentar obligaciones producidas en el desenvolvimiento de su conducta, o bien para hacer valer un derecho. La legislación vigente recoge la regla natural y reconoce que un menor de edad o un incapaz mental, no --- poseen la firmeza en sus decisiones, por carecer de conocimientos o de experiencia, en beneficio de sus intereses; por lo tanto, es de aceptar que los padres -- de los mencionados, que han llegado a cierta convicción y madurez en la vida, -- bien pueden responder por los actos de sus hijos. De esta manera, los artículos-- 23, 424, 425, 427 del Código Civil, contienen la reglamentación de que sean los padres o demás ascendientes los legítimos representantes de los menores o incapaces. Dichos artículos dicen lo siguiente:

"La menor de 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". (Art.23, C.C.)

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

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

"La persona que ejerza la patria potestad representará - también a los hijos en juicio; pero no podrán 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".  
(Art.427, C.C.)

Como se ve todo está contemplado por la Ley cuando ello ocurra dentro de un marco de normalidad, con un común denominador, que sea el beneficio para el sujeto pasivo de la patria potestad; sin embargo, el legislador prevee que pueda presentarse una divergencia de intereses, en forma inevitable entre los sujetos, tanto activos como pasivos, de la relación de la patria potestad. El artículo 440 del Código Civil, en vía de solución, ofrece la siguiente opción:

"En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos serán éstos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el Juez para cada caso".

Decíamos anteriormente que los padres por ser los representantes legítimos de sus hijos, se ven en algunos casos en la necesidad de responder a ciertos actos de sus representados incapaces, que producen consecuencias de derecho. Así lo contemplan los artículos 1919, 1920, 1921, 1922 del Código civil, al disponer:

"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 habitan con ellos". (Art.1919, C.C.)

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

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

"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". (Art.1922, C.C.)

Por otra parte, los padres van a constituirse como representantes de sus hijos en su persona y también de los bienes que aquéllos pudieran llegar a tener y dentro del cumplimiento de esta función, derivan en el aspecto real o patrimonial-- de los hijos menores o incapacitados, dos situaciones. A saber: una que es el - derecho de representación y la obligación, como correlativo, de la administración de los bienes de los menores o incapaces; la segunda, es el derecho al ---- usufructo que tienen sobre los bienes patrimoniales de los hijos.

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

- I. Bienes que adquiere por su trabajo; y
  - II. Bienes que adquiere por cualquier otro título.
- (Art.428, C.C.)

El artículo siguiente completa la regla anterior, diciendo:

"Los bienes de la primera clase (I) pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo". (Art.429,C.C.)

Con respecto a las anteriores situaciones, el maestro Soto Gordoa justifica -tales premisas jurídicas, al decir, que : "... es lógico, pues si por su trabajo y esfuerzo, un menor sujeto a patria potestad, adquiere un bien o bienes, es --- natural que la ley le reconozca la propiedad de ellos, lo mismo que su adminis---tración y disfrute..." (65) Ante el impecable señalamiento no queda más que --- comentar, que no sea, que lo justo simboliza el valor del derecho natural.

Para complementar tal noción, únicamente queda por señalar, que si bien es -- cierto que los hijos tienen respecto a los bienes comprendidos en la fracción I--del artículo 428 de la Ley Civil manejada, la propiedad y disfrute de los mismos y que de hecho vienen a simbolizar, el ser "sus representantes propios", la Ley--en cita previene también en su artículo 435 in fine, que para disponer de los -- mismos, es decir, para enajenarlos, arrendarlos o comprometerlos, requerirán de--la autorización judicial, tal como lo previene, de igual forma, el artículo 643--de la Ley precitada, al preceptuar:

"Cuando por la ley o por voluntad del padre el hijo tenga--la administración de los bienes, se le considerará respec--to de la administración como emancipado, con la restric---ción que establece la ley para enajenar, gravar o hipote--car bienes raíces". (Art.435, C.C.)

"El emancipado tiene la libre administración de sus bienes pero siempre necesita durante su menor edad:

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

II. De un tutor para negocios judiciales" (Art.643, C.C.)

Ahora bien, con respecto a la segunda hipótesis contemplada en el artículo --428 de la Ley invocada, se refiere concretamente a los bienes que pudiera llegar a tener el menor de edad o el incapacitado mental y que no fueran adquiridos por (65) Soto Gordoa Ignacio, Introducción al Estudio del Derecho Civil, p.202,

concepto de un trabajo realizado, sino más bien, por otros títulos, como podrían ser por herencia, legado, donación, etc., y llegado a darse tal situación, entonces estaría sometida a la regla contenida en el artículo 430 del Código Civil, - que reza:

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

Del anterior precepto transcrito se observan dos derechos que en el ejercicio de la patria potestad, tendrán lugar en el contexto patrimonial de los sujetos - pasivos: el derecho de representación y el derecho al usufructo que les corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad.

El derecho de representación legal de los menores, no sólo contempla la protección a la persona de ese menor o incapaz mental, sino también sus bienes, recogiéndose tales posiciones en los artículos 413, 425, 427 del Código Civil, ya citados con anterioridad. Ahora bien, en este renglón, se puede apreciar las --- siguientes situaciones:

a.- EL MANEJO EN SU ADMINISTRACION.- Según la norma contenida en el artículo 426 del Código Civil, en primer término, debemos observar, quién de las personas que ejercen la patria potestad sobre los menores o incapaces mentales, va a ser el administrador de los bienes. El artículo en referencia, prevee que dicho cargo estará conferido a la persona, sujeto activo de la patria potestad, "... que por mutuo acuerdo se haya designado, debiendo el elegido consultar todos los --- negocios a su consorte de quién requerirá su consentimiento expreso para los --- actos más importantes de la administración".

La representación que los ascendientes, ya sean los padres o los abuelos, en su caso, va a operar extrajudicialmente o bien dentro de un juicio judicial; y, - en éste último supuesto, en caso de que exista la alternativa de darlo por terminado, por transacción o convenio; aquí se requerirá del consentimiento expreso - del otro cónyuge, cuando la patria potestad está siendo ejercida por ambos o --- bien en los casos específicos de Ley, se necesitará, además de la autorización -

del Juez competente; de esta manera lo resuelve el artículo 427 del multicitado Código Sustantivo.

b.- MEDIDAS QUE SE PUEDEN ADOPTAR DURANTE EL MANEJO DE LA REPRESENTACION A LOS BIENES DE LOS SUJETOS PASIVOS DE LA PATRIA POTESTAD.

El maestro Galindo Garfias dice en su obra citada en relación a los actos de administración, que aquéllos "... que tienden a la conservación de los bienes -- que forman parte del patrimonio y la percepción de frutos que éste produzca".--- (66) El legislador contemplando tal situación y desprendiendo, que efectivamente en el cumplimiento de la función de la patria potestad, será siempre el de buscar el bienestar personal y patrimonial de los hijos sujetos al ejercicio de la patria potestad, es por ello los extremos previstos en los artículos 436 y 437-- del Código Civil, que ha impuesto:

1.- Los sujetos activos de la patria potestad no podrán enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y muebles preciosos que corresponden al hijo, - sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa la autorización del Juez competente;

2.- Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, - industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se cotee en la plaza el día de la venta; y

3.- En ningún momento podrán los ascendientes hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos últimos, tampoco podrán dar fianza en representación de los hijos.

Las anteriores restricciones, resultan precisamente de la naturaleza misma de la patria potestad, que es la de buscar los beneficios de los sometidos a ella y comprendiendo además, "que los que la ejercen como simples administradores de -- los bienes, 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 --

corresponden al hijo". A manera ilustrativa y aunque el caso resulte un tanto -- relativo en su comparación, citemos las funciones y atribuciones contenidas en -- el artículo 2554 del Código Civil que en su parte conducente, dice:

"... En los poderes generales para administrar bienes bastará expresar que se dan con ese carácter para que el apoderado tenga toda clase de facultades adminis-- trativas... para ejercer actos de dominio, bastará -- que se den con ese carácter para que el apoderado --- tenga todas las facultades de dueño, tanto en lo rela-- tivo a los bienes, como para hacer toda clase de ges-- tiones, a fin de defenderlos..." (Esta última parte-- entendida, en su interpretación a contrario sensu, a-- efectos de aplicación a nuestro estudio)

Empero pensemos, el caso favorable o necesario de la enajenación o disposi--- ción de los bienes de los sujetos pasivos de la patria potestad, es decir, ---- cuando los que ejercen tal derecho, requieran de la justificación de aprovechar-- una opción que resulte favorable o conveniente para el menor o incapaz, o bien -- se esté en la necesidad de proteger los intereses de tales sujetos; por lo que, -- el legislador, previendo tales situaciones, ha regulado tal solicitud, tanto en -- la forma como en el fondo, en los artículos 436 y 437 del Código Civil y del --- artículo 915 al 920 del Código Procesal, contemplando un procedimiento judicial-- ante un Juez Familiar, para la autorización a la mencionada solicitud, situación -- que requerirá la absoluta necesidad y la evidente situación de beneficio para -- los menores, en la enajenación de los bienes pertenecientes a éstos últimos.

Por otra parte, en el supuesto enmarcado en el artículo 437 del Código Civil, se da la situación, que una vez, que se ha ACREDITADO debidamente la absoluta -- necesidad o el evidente beneficio para enajenar los bienes inmuebles o muebles -- pertenecientes a un menor, el Juez tomará las siguientes medidas:

1. Una vez hecha la enajenación y realizada la venta, el producto que de ésta -- venta se obtenga, deberá dedicarse al objeto a que se destinó y el saldo o resto -- de la ganancia, se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con -- segura hipoteca en favor del menor;

II.- Para cumplir con lo anterior, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, a disposición del Juzgado que conoce de la petición y trámite judicial (\*), dándose la taxativa de que la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer del producto sin orden judicial.

Dichas condiciones y limitaciones dejan observar, que el cumplimiento a la función de la patria potestad vuelve un derecho absoluto en relativo, respecto al ejercicio de ciertos derechos y en cumplimiento estricto a determinadas obligaciones. Así, el interés particular del hijo acapara la atención del interés público, manifestándose en la rigurosa vigilancia del órgano jurisdiccional sobre los actos de administración de los bienes de los menores o incapaces mentales.

Otra de las medidas tomadas por el Juez de lo familiar, es la de pedir que el administrador rinda cuentas de su gestión, considerando que como todo administrador de bienes no propios, los sujetos activos de la patria potestad, tendrán la obligación de rendir cuentas de su administración; así, en esta forma, lo establece el artículo 439 del Código Civil, al decir:

"Las personas que ejercen la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, --- todos los bienes y frutos que les pertenecen"

Ahora bien, tal como lo comentan diversos autores, resulta aplicable que los hijos puedan pedir que sus administradores naturales y legales, les rindan cuentas durante el transcurso del ejercicio de la patria potestad y hasta la terminación de ésta; pudiendo también solicitarlos otras personas o instituciones, como partes interesadas.

Mencionamos con anterioridad, que los bienes que forman el aspecto patrimonial de la esfera jurídica de los hijos sometidos al ejercicio de la patria potestad, eran de dos clases, en términos del citado artículo 428 del Código Civil; de la misma manera, aludimos que, respecto a los bienes contemplados en el primer supuesto de dicho numeral, pertenecen exclusivamente a los hijos, en vista de las razones ya expresadas. Con relación a la segunda hipótesis del ---

(\*) Art.7º de la Ley Orgánica de la Nacional Financiera, S.N.C

mismo precepto, aparece el derecho que tienen los ascendientes, como sujetos --- activos de la patria potestad, al usufructo sobre la mitad de los bienes calificados en esa clase; como lo expresa el artículo 430 de la Ley Civil.

Antes de pasar a enunciar las reglas que rigen el derecho de los ascendientes a la mitad en el usufructo respecto a los bienes que adquieren los hijos, en --- cualquiera de los títulos no comprendidos en la fracción I del artículo 428 del Código Civil, dejaremos anotado lo que debemos entender por usufructo, recordando las lecciones que del derecho civil nos han dado en las aulas de nuestra --- amada Universidad. El maestro Aguilar Carbajal en su accesible obra, define al usufructo, como aquél "derecho real, temporal, por naturaleza vitalicio, que permite al titular usar y hacer suyos los frutos de los bienes ajenos, generalmente sin modificar su forma ni substancia". (67) El autor citado, nos da un concepto impecable, tomando los elementos que arroja el concepto legal contenido en el --- artículo 980 del Código Civil.

Una vez comprendido los alcances de la figura del usufructo, pasaremos en --- seguida a mencionar las reglas contenidas en el presente título y capítulo de --- estudio de la patria potestad.

1.- Como decíamos antes, los bienes que los hijos adquieran por herencia, --- legado o donación, etc., pertenecen la mitad del usufructo a los mencionados y --- la otra mitad a los sujetos activos de la patria potestad, según el artículo 430 del Código Civil. Sin embargo, los últimos supuestos señalados en el artículo de referencia, contemplan el caso de que el testador o donante puedan excluir de la parte que correspondiera a quienes ejerzan la patria potestad, destinando esa --- porción al hijo o a determinados fines, por los mismos señalados.

2.- Los réditos o rentas que produzcan esa clase de bienes antes de que se --- inicie la patria potestad, pertenecerán al menor; de esa manera, se deja contemplar el espíritu del legislador, respecto al carácter compensatorio por el desempeño de aquél cargo familiar. Por lo que, si los sujetos activos de la patria --- potestad no han entrado en posesión de los bienes y no han realizado respecto de ellos actos de administración que justifiquen el derecho al usufructo, no ten--- drán beneficio alguno sobre dicho derecho.

---

(67) Aguilar Carbajal Leopoldo, Segundo Curso de Derecho Civil, p.158, Ed.Porrúa S.A., México 1980

3.- En el renglón del derecho alimentario y considerando que los que ejercen la patria potestad son los sujetos naturales a cumplir su obligación alimentaria para con sus hijos menores o incapacitados mentalmente, es por lo que el artículo 319 del Código Civil, observa que el importe de dichos alimentos se deducirá de la mitad del usufructo a que tienen derecho los primeros de los nombrados, y si esta parte no alcanza a cubrirlos, el exceso será por cuenta de los que ejercen la patria potestad.

4.- El usufructo de la mitad de los bienes del sujeto a la patria potestad -- entraña el cumplimiento a las obligaciones contenidas en los artículos del 1006- al 1037 inclusive, del Código Civil, con relación al usufructuario. Destaca una excepción a dichos deberes a que se ve constreñido el usufructuario, en el caso de otorgar fianza, por el disfrute de ese derecho, ya que tal como lo señala la autora Montero Duahit "... el legislador concede crédito a las que ejercen la -- patria potestad (padres o abuelos) por la justificada suposición de que a éstas- personas les mueve normalmente el afecto y el interés hacia sus descendientes -- más que el suyo propio". (68) Ahora bien, esta perspectiva otorgada a los sujetos activos de la patria potestad, también enfrenta una excepción con respecto a la obligación de dar fianza, al mencionar el artículo 434 del Código Civil, las situaciones en que deberá cumplirse, con tal imposición y que son las contenidas en las tres fracciones que forman las hipótesis de tal precepto, que a continuación transcribiremos:

"El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa - el capítulo II del título VI, y, además, las impuestas a los --- usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, -- fuera de los casos siguientes:

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

5.- Los artículos 431 y 432 de la Ley manejada, deja abierta la posibilidad - de que el usufructuario renuncie formalmente, tal como lo advierte el primer precepto

cepto legal invocado, al derecho a la mitad del usufructo, con el señalamiento - especial, de que en caso que fueren los ascendientes (padres o abuelos) los que renunciaran el usufructo en favor de sus descendientes (hijos y nietos), se considerará como donación, y por tanto, sujetos a los términos previstos en los --- artículos 2332, 2333, 2334, 2335 y sus aplicables del mismo Código Civil.

6.- El derecho al usufructo se extingue en una forma paralela a la extinción del ejercicio de la patria potestad, o bien como vemos en el punto inmediato anterior, en el caso de renuncia. Esta regla está comprendida en el mismo artículo 443 del Código Civil, que es regla también de la terminación de la patria -- potestad, por sobrevenir cualquiera de las situaciones ahí señaladas y obviamente en los supuestos señalados para tal derecho, señalados en el artículo 438 del Código Civil en cita.

#### DEBERES DE LOS HIJOS.

En el apartado anterior hablabamos de las funciones y deberes que tienen los sujetos activos de la patria potestad en el ejercicio de dicha misión, destacando que esos deberes iban encaminados a favorecer la protección y la formación de los sujetos pasivos de dicho derecho; por tanto, éstos últimos son los que reciben los beneficios de ese cumplimiento. Ahora bien, también entendemos que al -- establecerse la relación filial entre ascendientes y descendientes, así como el parentesco excepcionalmente, se compromete la conducta a la regulación de una -- norma impero atributiva que arroja la siguiente premisa: frente al cumplimiento de una obligación está la de hacer valer un derecho; en este caso, tenemos que - en el cumplimiento de la misión paterna y materna se exige, atendiendo a una --- moción de orden jerárquico, una cierta subordinación y dependencia de los hijos hacia sus padres, y por lo tanto, son deberes que los hijos deben cumplir.

Pensemos que esos deberes de que hablamos, son producto de dos conductas ---- esencialmente naturales de los hijos para con sus padres, que son el respeto y - la obediencia que se les debe, es decir, la disposición de éstos para que sus -- padres puedan cumplir satisfactoriamente con la función que les tiene encomendada la vida misma.

#### DEBER DE OBEDIENCIA.

En relación a este deber, el autor Ferreres lo considera cómo "un deber de --

carácter natural, cuyo cumplimiento exigen la moral y el derecho; en el orden --moral, en cuanto a que los hijos deben a sus padres obediencia en todo LO QUE ES LICITO Y HONESTO y pertenece al cuidado de ellos, mientras están bajo la potestad paterna". Ese deber de obediencia supondrá concretamente, el cumplimiento --por el hijo de las órdenes lícitas dadas por los que ejercen la patria potestad; así, el hijo obedece, por ejemplo: el vivir en casa de los padres o ascendientes el acompañar a éstos cuando cambien de residencia, el estudiar en el establecimiento escolar que los padres decidan para tal fin, etc. Deben observar además-- las órdenes del padre las que no serán contrarias al derecho o a la moral, o ---bien que no constituyan extralimitaciones a las facultades que los ascendientes--tengan; por lo que los hijos no pueden estar obligados a obedecer órdenes que --corrompan su debida y correcta formación e integración social, en razón de que --aquellas órdenes, o en su caso, los castigos por parte de los padres, constituirían conductas ilícitas para con sus hijos. Así que en caso que los padres las --emitan o las quebranten, constituyen una contranatura, que pone en grave peligro a los sujetos que están sujetos a la patria potestad, lo que ocasionaría la privación o suspensión del ejercicio de aquélla, tal como nos referiremos posteriormente.

#### DEBER DE RESPETO.

El hecho de que el legislador haya recogido la idea de reglamentar en el artículo 411 del Código Civil, el hecho de que "los hijos cualquiera que sean su ---edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes", --nos obliga a pensar que en su espíritu existiera una causa teleológica que obedezca a dos conceptos fundamentales, uno el de observar la ley eterna e inmutable y la otra, las que se cumplan derechos civiles, en el caso de quienes reconociesen el magisterio de la ley o la autoridad moral del legislador para mandar.

La filosofía moral de Kant afirma al respecto: "el deber es actuar en acatamiento de la ley", esta consideración se encuentra investida de un cumplimiento--catalogado como bueno, ya que antes de atender a una norma legislativa, la ley --moral así lo ordena. De lo anterior, resulta que el acatar el "imperativo categórico", es un deber impuesto no por el hecho de estar sancionado, sino más bien, --porque recoge un impulso natural que constituye una regla moral, desprovista de efectos jurídicos creados por factores reales, ya que obedece a reglas naturales calificadas como justas e inalienables. Observemos precisamente, lo que acabamos de señalar en nuestro derecho positivo.

Existen situaciones que derivan del respeto que se les debe a los padres, --- mostrando una conducta de agradecimiento hacia éstos no obstante que los hijos - hayan salido de la regulación al ejercicio de la patria potestad que tenían ---- sobre ellos, según el señalamiento hecho por el derecho positivo; pero si nos -- sometieramos a la consideración de que el derecho natural es eterno y que el --- mismo seguirá reconociendo la asistencia de los hijos hacia los padres, en vir- tud de que dicha relación para ese derecho no se extingue por simples términos-- impuestos por los hombres. Sin embargo, aunque sea en una parte substancial, el- orden normativo se apoya en la filiación para establecer en el artículo 304 del- Código Civil, en materia de alimentos, los siguientes derechos asistenciales de- los hijos para con sus padres:

"Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres. A falta o por imposibilidad de los hijos lo están los descendientes más próximos en grado".

En otros países como en la República de Argentina, se consagra este deber de asistencia y cuidados personales a los padres, al contemplarlo en el artículo -- 266 del Código Civil vigente que preceptúa: "Los hijos deben cuidarlos en su an- cianidad, en el estado de demencia o enfermedad y proveer a sus necesidades en- todas las circunstancias de la vida en que les sean indispensables sus auxilios"

Considerando la comparación que antecede y aunque no sea bajo el título utili- zado en el derecho Bonoarense, el derecho positivo mexicano, recoge tal situa- ción en el capítulo y título respectivo de la tutela, en donde se da el primer - orden asistencial a los sujetos más cercanos a los ancianos, ya sean padres o -- abuelos, los que por cualquier causa requieran de un cuidado especial por parte de los hijos y a falta de un sujeto tan cercano como aquéllos, se estaría en el- caso de suplirlos por el cónyuge. Dichas hipótesis se encuentran contempladas en los artículos 487 y 488 del Código Civil y 904 del Código de Procedimientos ---- Civiles.

Por otra parte, la Ley Civil prevee algunos casos, en que ciertas conductas - de los hijos hacia los padres, dan lugar a determinadas consecuencias tanto de - orden civil como penal. En el orden civil, podemos mencionar los supuestos de -- "indignidad para suceder" y las causas de desheredación, señaladas en el arti- -- culo 1316 de nuestro Código Civil, al apuntar lo siguiente:

"Por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento o por intestado:

...VIII. Los demás parientes del autor de la herencia que, teniendo obligación de darle alimentos, -- no lo hubieren cumplido;

IX. Los parientes del autor de la herencia que, -- hallándose éste imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se cuidaren de recogerlo o de hacerlo recoger en establecimiento de beneficencia..."

También a los padres se les sanciona con la declaración de incapacidad para heredar a sus hijos, en las hipótesis previstas en las fracciones VI y VII, del artículo citado, que dicen:

VI. El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos;

VII. Los padres que abandonaren a sus hijos, prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor respecto de los ofendidos..."

(Art. 1316, C.C.)

## 5.- LA DINAMICA DE LA PATRIA POTESTAD.

### NACIMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD.

Se puede hablar de una manera inmediata que la patria potestad va a nacer precisamente como resultado de la función biológica de la pareja humana a través de la procreación; sin embargo, estaríamos dando una idea demasiado simple para la enorme importancia que en realidad tiene el cumplimiento de las funciones que se generan con motivo de la patria potestad, por lo que, teniendo en cuenta los elementos que hemos venido manejando, diremos que el nacimiento de la patria potestad, figura de nuestro estudio, se da en el mismo momento en que los consortes tienen la idea debidamente meditada de concebir una nueva vida con sangre de su sangre y carne de su carne. Así, la gestación que normalmente tarda en dar resultado un lapso aproximado de nueve meses, al llegar el momento culminante de esa espera y que consiste en el alumbramiento propiamente dicho; o sea la llegada -- del hijo deseado, es el punto de origen para dar paso a la responsabilidad de la patria potestad. En forma descriptiva señalaremos que desde el momento en que el hijo se encontraba en el seno materno, ya se le brindaba protección por medio de los cuidados de ambos progenitores, y al salir del claustro materno para formar parte del mundo, que en la actualidad es conceptuado como difícil y complejo, ya los padres están pensando la manera de cumplir con su misión fundamental de todo ser humano, que es la de formar a su prole adecuadamente. Es de esta manera con que contemplamos el nacimiento de la patria potestad, con palabras que salen --- desde la misma inspiración natural.

La patria potestad sólo podrá ser ejercida en forma debida por la persona que desempeña esas funciones de forma natural; es decir, que tenga la condición de padre o madre, ya que a través de ellos nace una relación con los hijos, relación que representa los más altos valores biológicos, morales, espirituales y -- hasta sociales. Es así que dichas relaciones, que reposan en un hecho natural, se le imponen al legislador, de tal suerte que al tenerlas en frente, no las --- puede modificar y tal vez ni siquiera moderar; así, por ejemplo, el amor, la --- asistencia y el respeto entre padres e hijos son valores espirituales que obedecen más a una ley natural que a una recopilación legislativa, siendo el caso que

el legislador recoge en un supuesto normativo una situación que se impone en la ley eterna de la naturaleza. El artículo 411 del Código Civil, quizá nos dé la razón a lo antes dicho al disponer:

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

Como decíamos con anterioridad, es agradable y fácil entender como nace la patria potestad, de una manera natural; pero como no queriendo apartarnos del margen de nuestro derecho positivo, diremos junto con el maestro Galindo Garfias que "la patria potestad tiene su origen en la paternidad y maternidad". Tomando en cuenta lo apuntado por el maestro universitario, estamos en presencia de la filiación, entendida ésta como la "relación jurídica entre los progenitores y sus descendientes directos" en un sentido amplio y en cualquiera de sus clases: matrimonial, extramatrimonial y civil, aunque en consideración de éste último, consideramos, que por no ser la adopción plena, ésta debe ser contemplada como un tipo de filiación sui generis; de esta forma, en derecho se habla que la patria potestad viene a ser una consecuencia jurídica de la filiación. Los artículos 295, 324, 337, 340, 341, 354 y demás relativos del Código Civil, nos dan una idea de la figura invocada advirtiéndolo que se menciona como causa efecto de la patria potestad.

Por otra parte, y para dejar terminado el capítulo del nacimiento de la patria potestad, diremos que precisamente la idea de los esposos de tener o procurar que sus hijos estén apoyados y reconocidos en la más amplia libertad, concebida ésta por un derecho absoluto; de esta forma piensa el autor Antonio Cicu, al decir: "... la mayor libertad de la familia, bajo un cierto aspecto se deriva de la mayor confianza que se puede poner en ella en virtud del fuerte impulso natural para el cumplimiento de la función por lo que precisamente en aquella libertad es más amplia la patria potestad..." (68) En tal situación consideramos que dicha posición es un derecho fundamental de libertad, por lo tanto, privado de las personas no obstante el interés público dominante y en algunos casos arbitrariamente, lo cuál no justificaría nunca su intervención y su experiencia-

---

(68) Op.citada, p. 192

no respaldaría tal intromisión; ese interés va a darse con la finalidad de proteger el derecho fundamental de la pareja para decidir sobre su descendencia. De esta manera los artículos 4ª Constitucional y 6ª y 162, entre otros, del Código Civil, garantizan este derecho.

#### TRANSFERENCIA Y ADQUISICION.

En esta fase dinámica de la patria potestad, nos referiremos a la transferencia y adquisición de ese derecho que normalmente ejercen los padres sobre sus hijos. Empezaremos por comentar acerca de la transferencia de dicho derecho, por parte de los titulares, hacia otras personas.

Precisamente cuando hablabamos acerca de los sujetos, tanto activos como pasivos, de la figura que ya resulta estudiada y refiriéndonos al parentesco civil, diremos que en la patria potestad existe como característica fundamental su intransmisibilidad, y que sólo excepcionalmente, ante la desafortunada situación de los consortes de no tener la capacidad de engendrar un hijo, el legislador, tomando en cuenta el espíritu filosófico de la vida y la capacidad afectiva de esos desafortunados, es que permite mediante un acto jurídico excelentemente formal, como es la adopción, al permitir la posibilidad que los padres biológicos puedan dar en adopción a otras personas, a sus hijos naturales, atendiendo una serie de requisitos que constituyen un marcado beneficio para los menores o incapaces mentales. Esto se traduce en última instancia, en el estudio que intentamos a continuación.

Pensemos en éste cuestionamiento ¿Porqué los padres acceden el dejar el derecho función, que tienen sobre sus hijos, en manos de otras personas ? Quizás, para contestar tal interrogante, tendremos que plantear dos situaciones principales que se presentan para que acontezca tal suceso. Una, el deseo por causa de pobreza y de necesidad de transferir ese derecho, para cumplir indirectamente con la función de protección y de bienestar de los hijos; y la segunda, que podría ser calificada como la más reprochable conducta del ser humano, la indignidad de que se visten, al ir contra las leyes naturales abandonando sus funciones elementales para con sus hijos; situación a la que nos referiremos posteriormente, una vez que hayamos concluido el presente comentario.

En el primer caso planteado, debemos atender factores socioeconómicos que intervienen en el ánimo de los padres, para suponer que han influido de tal forma, que han llegado a la idea de proteger a sus hijos a través de terceras perso

nas, a quienes les ceden la titularidad de tal derecho. En la práctica judicial se reciben en buen número, solicitudes de adopción, basadas en el procedimiento establecido por las leyes respectivas para que determinen tal situación; se ha observado, que los adoptantes piden la adopción de menores o incapacitados, contando desde luego, con el consentimiento de quienes están en ejercicio de la patria potestad, sobre los pretendidos adoptados, en razón de que los padres biológicos, ante la incapacidad económica de mantener una familia, a veces muy numerosa, prefieren buscar la seguridad de alguno de sus hijos, con personas que deseen canalizar su capacidad afectiva. Otro de los casos, casi en los mismos términos que el anterior, es el consistente en que uno de los padres del menor queda sólo y prefiere dar en adopción a su hijo o sus hijos, ante el inminente reto de enfrentarse a la vida actual, que es dura y hostil. La anterior situación es severamente criticable por la sociedad, pero ella misma considera que los padres caen en esa situación, por consecuencias de una incorrecta formación moral e intelectual, ya que si ellos mismos no supieron orientar su vida, mucho menos lo harán con sus hijos; por lo tanto, no deja de ser más que un resultado de las líneas generacionales débiles, sin formación y orientación alguna. Ese fenómeno se observa entre las clases sociales de economía y cultura pobres.

Una vez que hemos señalado las posibles causas que intervienen para que la transferencia de la patria potestad se consuma, será menester señalar, que en nuestro derecho civil, tal figura está comprendida en los artículos del 390 al 410 del Código Civil y del 923 al 926 del Código de Procedimientos Civiles. Destacamos para nuestro estudio, los siguientes:

"Art.397.- Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:

I. EL QUE EJERCE LA PATRIA POTESTAD SOBRE EL MENOR QUE SE TRATA DE ADOPTAR;

II. El tutor del que se va a adoptar;

III. La persona que haya acogido durante seis meses al que se pretende adoptar y lo trate como a un hijo, cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él ni tuviere tutor;

IV. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado cuando éste no tenga padres conoci-

dos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le -- imparta su protección y lo haya acogido como hijo.

Si el menor que se va a adoptar tiene más de --- catorce años también se necesita su consentimiento- para la adopción."

En el caso del artículo transcrito, estamos ante la presencia de que quiénes ejercen la patria potestad sobre los hijos, otorgan su consentimiento, según lo señala la fracción I del numeral invocado, para que éstos últimos sean adoptados por las personas señaladas en los artículos 390 y 391 del Código Civil, previo - el cumplimiento de los requisitos exigidos para ese fin.

Ahora bien, el artículo 403 de la misma Ley, dispone que los derechos y obligaciones que nacen del parentesco original, no se extinguen por la adopción; y-- agrega en su segundo párrafo, EXCEPTO LA PATRIA POTESTAD QUE SERA TRANSFERIDA AL ADOPTANTE.

Antes de continuar con el presente comentario, nos permitiremos transcribir - el mencionado precepto legal:

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

Ahora bien, en el supuesto señalado en el precepto transcrito, observamos que el legislador empleó los vocablos derechos y obligaciones del parentesco natural los cuáles no se extinguen por la adopción, exceptuando el relativo a la patria-potestad que será transferida al adoptante, y por lo tanto, tratándose de una -- adopción relativa (artículos 295 y 419 C.C.) sólo se limita a la relación entre-adoptado y adoptantes. Esto nos hace pensar lo siguiente: se da el caso que los- padres biológicos transmitan, mediante su consentimiento expreso, libre de coac- ción y con la más amplia libertad para hacerlo, la patria potestad a las perso- nas que se constituyen como adoptantes; si al paso del tiempo, desafortunadamen-

te, éstos últimos murieran, originan que el menor quede sin persona alguna que ejerza la patria potestad; esto es, sin sus padres adoptivos. Esta situación nos obliga a tomar en cuenta la siguiente posibilidad: los padres naturales al ---- "transferir" la patria potestad a otras personas, nos da a entender que otorgan, delegan, los derechos y deberes que tenían sobre sus hijos, pero jamás se ubican en las causas de pérdida de tales derechos, según las hipótesis previstas en el artículo 444 del Código Civil; por lo que existiendo la posibilidad por parte de los padres biológicos de intentar la recuperación de la patria potestad sobre -- sus hijos naturales, de acuerdo, incluso, a una posible coyuntura legal ofrecida por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, al variar las circuns-- tancias que regularon la situación de la transferencia de la patria potestad.---

Concluimos el presente comentario en el sentido de que, tomando en consideración la naturaleza de la adopción, los términos utilizados por el legislador, en el artículo 444 de la Ley Civil precitada y en el artículo que se comenta, se -- podría decir que la transferencia de la patria potestad quizás pudiera tener --- efectos modificables, por circunstancias sobrevenientes - muerte de los padres - adoptivos, revocación de la adopción (artículo 405 del C.C.) - y por tanto, ---- sería necesario reglamentar en forma autónoma y especial dicha situación; y ---- llegado el momento, a manejarla como suspensión de la patria potestad, ya que -- tal estado tendría como alternativa la oportunidad de recuperar la patria potes-- tad, por las causas ya señaladas.

En seguida, el mismo artículo 403 del Código Civil, genera una segunda situa-- ción, al decir: "...salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenito-- res del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges". Interesa co-- mentar este párrafo en virtud de las siguientes consideraciones: resulta adecua-- da la actitud del legislador al señalar que puede darse el caso de que el proge-- nitor natural que ejerce legalmente la patria potestad sobre sus hijos, haya --- decidido casarse nuevamente, una vez obtenido el divorcio y en él se hubiera con-- denado al otro consorte a la pérdida de la patria potestad sobre los hijos de -- matrimonio; así en ese estado de cosas, opera el párrafo citado, ya que quién se case con alguno de los progenitores, entrará a ejercer, ambos cónyuges, el men-- cionado derecho. Particularmente resulta, como hemos dicho momentos antes, favo-- rable para el menor, ya que si se presentan situaciones desfavorables para la -- aprobación de la adopción por el rigorismo jurídico de algunos jueces, cómo por ejemplo, el no reunirse el requisito de edad exigida por los artículos 390 y 391 del Código Civil citados con antelación, cuya diferencia en muchos casos es de -

escasos meses y por considerar el juzgador ser contranatura tal hecho, a pesar de que si procediera la autorización de la adopción, resultaría notoriamente --- benéfica para el menor ya que gozaría de una plena libertad, basada en su seguridad personal. Por el contrario sería nocivo para el menor el que se le distin--- guiera por no llevar los mismos apellidos que sus demás hermanos y sólo por la - no aplicación flexible, exacta y humana de la ley. En el otro lado de observa--- ción comentada, encontramos que el mencionado dispositivo previene: "...que se - ejercerá por ambos cónyuges". Tal determinación nos obliga mencionar la regla -- contenida en los artículos 445 y 446 del Código Civil, los que a la letra dicen:

"Art.445.- La madre o abuela que pase a segundas nupcias no pierde por este hecho la patria potestad."

"Art.446.-El nuevo marido no ejercerá la patria-potestad sobre los hijos del matrimonio anterior."

Atendiendo tales extremos legales, resultaría contradictorio el aplicar ipso iure, el segundo párrafo del artículo 403 del multicitado Código Civil.

El segundo comentario que se hace indispensable formular en cuanto al tema - que tratamos, es el que se refiere a una especie de sustitución, transmisión y adquisición de la patria potestad. En este supuesto se observa, que al contrario de lo dicho respecto al primer caso comentado, donde la transmisión de la patria potestad, por parte de los padres, ya sea por los dos o por uno de ellos, se --- requería que estuvieran ejerciendo tal derecho y que al otorgar el consentimiento se consumaba la transmisión; en el presente caso, el supuesto varía en ese -- aspecto, ya que no existe quien ejerza la patria potestad, por haber mediado --- quizá el abandono de esos menores, por parte de los que ni siquiera puedan justificar tal carácter, no obstante haber engendrado a esos desafortunados. En atención a lo anterior, el legislador consideró suplir la función de protección a -- esos desventurados incapaces de la indignidad y villanía de los progenitores que los trajó al mundo, sin que se los hubiera pedido. Previniendo tales situaciones se dictan y aplican normas para cumplir con dicha misión. Los artículos 397 y -- 444 del Código Civil y 923, 924 y 939 del Código de Procedimientos Civiles, am-- bos del Distrito Federal, dan las pautas de solución al caso planteado.

En consideración de que los progenitores muchas veces abandonan a sus hijos, nace la inminente necesidad de protegerlos, por parte del Estado, el cuál dicta normas para brindarles seguridad y protección a esos seres desventurados, tratan de sustituir la función natural de los padres biológicos a través de otras -- personas o instituciones públicas o privadas. De esta manera es como la ley previene dicha situación mediante la figura del "DEPOSITO DEL MENOR" que no es más que el otorgamiento de la custodia y cuidado de los incapaces a favor de un depositario, que adquiere todos los derechos que corresponden a un tutor y con la función, además, de proteger y cuidar a los menores o incapaces, expuestos o --- abandonados.

Siguiendo un orden, empezaremos por entender primeramente lo que significan -- los términos "exposición" y "abandono"; en la primera acepción y apoyándonos en la Enciclopedia Jurídica Omeba, EXPOSICION, es: "...el dejar a los hijos de corta edad en la puerta de un establecimiento público, de una iglesia o en la vía pública; es dejar al hijo en un paraje público de manera que el niño se confunde y se pierde." Por ABANDONO, debemos comprender "una abdicación de los deberes -- paternos esenciales." Con exactitud, según el Diccionario Larousse, el "abdicar" significa, a su vez, "renunciar a las dignidades"; nada más aplicable al caso de los progenitores, que al abandonar a sus hijos menores renuncian a la dignidad -- de que se les llame padres. En fin, estando aplicando nuestros comentarios al -- derecho positivo, a él debemos enfocarnos, atendiendo a las hipótesis previstas en los artículos 923 y 939 del Código de Procedimientos Civiles y 397 y 444 del Código Civil. Pasemos al estudio del depósito contemplado en nuestro sistema --- jurídico civil.

En nuestro medio social puede darse la exposición y abandono de los menores, -- en cualquiera de las circunstancias señaladas en los conceptos anteriormente --- dados, es decir, son expuestos en forma encomiable, en instituciones públicas, -- instituciones privadas, particulares, etc., tales como el SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA, LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL -- DISTRITO FEDERAL, HOSPITALES, ORFANATORIOS, ETC., los que acuden en auxilio de -- esos desafortunados atendiendo a su protección y asistencia. En cualquiera de -- los casos, el Estado conjuntamente con el buen civismo de las personas que acogen a esos menores, cumplen con la función primaria de protegerlos, y es así --- como se da el primer supuesto legal comprendido en los artículos 58, 65, 66, 67, 68 y demás concordantes del Código Civil. Una vez que se han satisfecho tales -- extremos legales, las personas que desde ese momento se constituyen en deposita-

rios de los menores, se convierten en sus tutores con funciones y atribuciones inherentes a dicho cargo, señaladas en los artículos 397 fracción III, 449, 492, 493, 494 del Código Civil y 939 del Código de Procedimientos Civiles, mismos que a continuación se transcriben, para mejor comprensión:

"Art.397.- Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos --- casos:

...II. El tutor del que se va a adoptar;

III. La persona que haya acogido durante seis --- meses al que se pretende adoptar y lo trate como a hijo, cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor..."

"Art.449.- El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y -- legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos..."

"Art.492.- La ley coloca a los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quién tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores."

"Art.493.- Los directores de las inclusas, hospitales y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento."

"Art.494.- En el caso del artículo anterior, no -- es necesario el discernimiento del cargo."

"Art.939.- Podrá decretarse el depósito: de menores o incapacitados que se hallen sujetos a la --

patria potestad o a la tutela...; de huérfanos o incapacitados que queden en abandono por la muerte, ausencia o incapacidad física de la persona a cuyo cargo estuvieron."

Teniendo en cuenta la referencia de los artículos antes transcritos, enfocamos nuestra atención, primeramente, a las instituciones públicas o privadas que recogen y cuidan de los menores abandonados; a continuación, el señalamiento de tal situación, como una función altruista que en ocasiones finaliza con un doble éxito, ya que instituciones como el D.I.F., la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (en su programa de protección a menores), procuran canalizar a dichos sujetos, integrándolos a un hogar mediante la figura jurídica de la adopción, seguida ante los Juzgados Familiares; en este caso noble, es cuando opera la fase en estudio, donde se observa una SUSTITUCION de las personas que jamás entraron al ejercicio de la patria potestad, para que mediante una TRANSMISION se ADQUIERA, por parte de los adoptantes, la patria potestad, y se observe también el cumplimiento por vía afectiva, de una función tan elemental como lo es la patria potestad. Veamos los supuestos legales enmarcados en la parte condiciente de los artículos 397 fracciones II y IV del Código Civil y 923 y 924 del Código de Procedimientos Civiles.

"Art.397.- Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir...

...II. El tutor del que se va a adoptar...

IV. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le imparta su protección y lo haya acogido como ---hijo..."

"Art.923.- El que pretenda adoptar... Cuando el menor hubiere sido acogido por una institución pública, el adoptante recabará constancia del tiempo de la exposición o abandono para los efectos del artículo 444, fracción IV, del Código Civil."

"Art.924.- Rendidas las justificaciones que se exigen en el artículo anterior y obtenido el consentimiento de las personas que deban darlo conforme a los artículos 397..."

En un segundo caso, ubicaremos a las personas que hayan acogido al expósito por más de seis meses, y que se haya dado cualquiera de las siguientes circunstancias: la entrega del menor en manos de los depositarios y no vuelvan más por el abandonado, o bien por encontrarlo sin ningún documento que indique quiénes son sus padres. A las personas que se encuentren dentro de este supuesto, tendrán las mismas perspectivas anteriores; y aún más, reglas muy favorables cuando agotados que sean tales extremos, puedan adquirir derechos cuasipaternales, valgame la expresión, sobre esos menores que fueron expuestos y abandonados por sus progenitores, originándose una premisa aplicable al orden jurídico: "la vía de hecho te da el derecho". Así, en esta forma, tenemos que las reglas específicas a tales casos, se encuentran previstas en los artículos 939, 923 y 924 del Código de Procedimientos Civiles y la fracción III del artículo 397 del Código Civil Transcribiremos a continuación el primer precepto citado, en su parte conducente para observar el carácter de depositarios de las personas que acogen a esos niños abandonados.

"Art.939.- Podrá decretarse el depósito de menores o incapacitados... de huérfanos o incapacitados que queden en abandono por la muerte, ausencia o incapacidad física de la persona a cuyo cargo estuvieron..."

Las hipótesis previstas en los numerales citados, nos servirán para entrever dos situaciones: una, que es la más agradable y noble, que es la de reconocer la actitud de las personas que han cuidado al menor desde su abandono y por lo tanto, al crear derechos sobre los mismos, se abre la posibilidad de que se solicite la adopción y se concrete así una seguridad jurídica que beneficie a ambos en el campo de sus actos civiles y jurídicos. De esta manera lo contemplan los preceptos que transcribimos a continuación:

"Art..397.- Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella...

...III. La persona que haya acogido durante seis - meses al que se pretende adoptar y lo trate como a hijo, cuando no hubiere quién ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor..."

Art.923.- El que pretenda adoptar, deberá... Si -- hubieren transcurrido menos de seis meses de la ex posición o abandono, se decretará el depósito del menor con el presunto adoptante, entre tanto se -- consuma dicho plazo.

Si el menor no tuviere padres conocidos y no hubie re sido acogido por institución pública se decreta rá el depósito con el presunto adoptante, por el-- término de seis meses para los mismos efectos."

La otra situación es más dura y difícil, por el enfrentamiento que puede haber lugar, ya que el artículo 923 del Código de Procedimientos Civiles, habla de que "...Cuando el menor hubiere sido acogido por una institución pública, el adoptan te recabará constancia del tiempo de la exposición o abandono, para los efectos del artículo 444, fracción IV, del Código Civil..." Entendemos esto así: que si se llegara el caso de que se presentaren los supuestos o pretendidos padres del menor abandonado, se aplicará ese precepto a las personas que han atendido y ten gan en depósito al o los menores; de esta manera opera y produce efectos el depó sito obsequiado, en relación a pérdida total e irreversible de quién quiera re- clamar el ejercicio de tal derecho, contemplado en la fracción III del artículo 444 del Código Civil.

#### EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Al hablar acerca del ejercicio de la patria potestad, nos lleva a la idea de saber quiénes tienen el pleno derecho de ejercer en forma natural la facultad -- concedida; así, en condiciones normales, pensaríamos que las personas reconocidas en el ejercicio del mencionado derecho, se desarrollaría sin gran dificultad

hasta el momento en que los hijos incapaces, por minoría de edad o por deficiencia mental, salgan de esa restricción natural y legal, en los casos señalados expresamente por las leyes aplicables a la materia, y por lo tanto se estaría cumpliendo fielmente en lo establecido en ellas, tal como lo ordenan los artículos- 412, 413, 414, 424, 426, 427 y demás concordantes del Código Civil, pues en ---- dichos supuestos, se reconoce el ejercicio de la patria potestad, en forma conjunta a los padres, y a falta de alguno de ellos, ya sea el padre o la madre, -- continuará en ese ejercicio, quién quedare de ellos; en caso de que faltaren --- ambos progenitores entrarán en el ejercicio, los abuelos paternos o maternos en forma común y previa calificación que haga el Juez de lo Familiar y para el caso de la existencia de los abuelos, en ambas líneas, siguiendo de igual manera la regla aplicable a los padres, en el sentido de que, quien sobreviviera será <sup>a</sup> quién la ejercite sobre sus descendientes.

De esta manera y descontando el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la figura estudiada, como son la obligación alimentaria, el deber asistencial, -- etc., tenemos que derechos nacidos de la patria potestad, tales como la guarda y custodia y la educación, principalmente, es ejercido por ambos cónyuges en forma conjunta y armónica, con la distribución de atribuciones y funciones entre ellos mismos, cumpliendo de alguna forma, con las reglas contenidas en los artículos - 164, 412, 413, 414, 415, 418, 420 del Código Civil ya citados con anterioridad.- En caso de que uno de los progenitores sea designado como representante legal -- del menor, deberá forzosamente escuchar el parecer del otro cónyuge, en las situaciones en que se amerite tomar decisiones sobre los intereses de los hijos, - tal como lo ordenan los artículos 426 y 427 de la Ley Civil en cita, y para el caso de un posible choque de intereses entre padres e hijos, se aplicará la regla prevista en el artículo 440 de la mencionada Ley.

Observando la anterior situación, creemos no existirá mayor problema para que transcurra y se desenvuelva regularmente el ejercicio de la patria potestad; sin embargo, como las cosas no resultan ser como debiera, suelen ocurrir situaciones o causas que interrumpen el cumplimiento de dicha finalidad. En este orden de -- ideas, se pueden presentar los siguientes supuestos:

1.- La muerte de los padres, que por ser sujetos activos de la patria potestad y reconocidos en primer término en el ejercicio de tal derecho, da lugar a -- que entren a ocuparlo los demás ascendientes llamados por la ley para hacerlo, o sea los abuelos o los que quedaren. En caso de que concurrieran los cuatro ascen

dientes, el juez determinará quién de los señalados en las fracciones II y III - del artículo 414 del Código Civil, entrará en el ejercicio de la patria potestad sobre sus nietos. En la práctica, en los juzgados en que ventilan tales asuntos se tramitan de dos maneras: uno, que es muy bien llevado a cabo, con apoyo en -- los artículos 412, 414 fracciones II y III, 418 y 420 del Código Civil, al pedir el reconocimiento los abuelos del ejercicio de la patria potestad que tienen --- sobre sus descendientes, a falta por muerte o ausencia debidamente declarada, de los padres biológicos; un segundo caso sería cuando los ascendientes solicitan - se les otorge en adopción a sus propios nietos. En este caso particular, pensamos que se lleva a cabo la adopción a fin de que se aplique la regla contenida - en el artículo 395 in fine del Código Civil y se produzca beneficios para los me- nores en forma más directa. Considero que aunque en ese acto se aplica la ley, - no sería una opción apegada a derecho, por existir una reglamentación expresa, - la que ya ha quedado señalada.

B. Otro caso sería el que existiendo los progenitores de los hijos no se da ---- entre ellos una comunión de voluntades acerca del ejercicio del derecho de la pa- tria potestad, en lo que respecta principalmente a la guarda y custodia y educa- ción de los menores. Este problema lo podemos observar, desde los siguientes pun- tos de vista:

1.- Respecto a los hijos nacidos fuera de matrimonio y que los padres no ---- vivan juntos; en este supuesto no pueden materialmente ejercer ambos la guarda y cuidado del menor. En esa situación, operarán las siguientes reglas:

a) Ambos convendrán cuál de ellos ejercerá la custodia de los hijos, ya sea - acuerdo consensual o convenio formal;

b) En caso de que no haya acuerdo entre los progenitores que viven separados, el Juez de lo Familiar escuchando razones de los antes mencionados e incluso del Representante Social, resolverá sobre quién ejercerá la custodia de los menores;

c) Para que el juez determine sobre la custodia de los menores, en caso de -- que exista total divergencia de los padres separados, habrá de cerciorarse quien de los progenitores reúne los requisitos más idóneos para la conveniencia del -- menor; desafortunadamente y como lo veremos más adelante, en muchas ocasiones -- solo escucha las versiones de los padres, olvidándose de buscar elementos plenos de convicción para poder decidir respecto a tan delicada; incluso, el juzgador - llega a apoyarse en algunas ocasiones en la aplicación analógica del último ----

párrafo del artículo 282 del Código Civil;

d) En el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio, pero reconocidos fehacientemente, la ley concede la custodia de dichos hijos al progenitor que primeramente hubiere efectuado el reconocimiento, con la salvedad de que los padres no hubieran convenido otra cosa. En este supuesto el juez no podrá modificar --- dicho convenio, cuando lo considere grave o peligroso para el normal desarrollo de los hijos;

Las reglas anteriores están contenidas en los artículos 380, 381, 416, 417 y demás concordantes del Código Civil.

2.- Por causa de nulidad de matrimonio, una de las consecuencias legales que busca proteger primordialmente, es precisamente la regulación a la guarda y custodia de los hijos menores procreados en el matrimonio afectado por la nulidad, según los extremos previstos en los artículos 156 fracción X, 235 fracción II, 248 y demás relativos del Código Civil, ya que el juzgador habrá de considerar que tal situación a pesar de ser nula de pleno derecho, va a producir todos los efectos legales para los hijos y, por tanto, no se condena a ninguno de los progenitores a la pérdida de la patria potestad, sino que se busca el bienestar de los hijos entre los que se encuentra el procurarles estabilidad emocional, -- material, etc. En el presente caso, la Ley suele distinguir ciertas posiciones, -- a saber:

a.- Si ha habido buena fe al contraer el matrimonio afectado de nulidad, por parte de uno de los involucrados, se producirán todos los efectos civiles únicamente a favor de éste último y de los hijos;

b.- En caso de mala fe de ambos consortes, los efectos civiles se producirán en favor de los hijos;

c.- Si los dos contrayentes hubieran actuado de buena fe, aunque fuere declarado nulo el matrimonio, producirá igualmente todos sus efectos legales a favor de los hijos nacidos antes, durante el matrimonio o después de trescientos días de celebrado éste, al que se haga la declaración de nulidad del acto matrimonial

Por otra parte, y una vez señalado el interés del legislador de proteger a -- los menores, destacamos que al demandarse la nulidad de matrimonio y ante el inminente enfrentamiento litigioso de los consortes, el juez dictará las medidas -- provisionales establecidas en el artículo 282 del Código Civil, y en caso especí

fico a estudio, las fracciones III y VI y parte final de dicho artículo, aplicadas en cuanto a la custodia de los hijos en forma provisional y mientras se dicte el fallo final, para determinar la custodia definitiva con alguno de los padres u otras personas (ascendientes, tutores, etc.). Para servirnos de ilustración, transcribiremos a continuación las fracciones del artículo citado.

"Art.282.- Al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y -- sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:.....

III. Señalar y asegurar los alimentos que deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;  
VI. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez previo el procedimiento que fije el código respectivo--resolverá lo conducente.

Salvo peligro para el normal desarrollo de los ---- hijos, los menores de siete años deberán quedar al --- cuidado de la madre."

Una vez que se haya dictado la sentencia firme sobre la nulidad planteada, el juez resolverá la custodia de los hijos, atendiendo las siguientes alternativas:

I. Escuchando al padre y a la madre sobre la forma y términos del cuidado y - la custodia de los hijos;

II. Atendiendo elementos de juicio que fortalezcan la convicción en el juzgado para determinar la situación de los hijos, tomando en cuenta las diversas -- reglas previstas en el caso concreto, como pueden ser las contenidas a los casos de nulidad referidas en el artículo 256 de la ley manejada, o bien por analogía, prevista en los artículos 283, 284, 285, 447 fracción III, de la Ley antes citada;

III. De las anteriores posiciones desprendemos la naturaleza de la determinación del juez al proveer sobre la guarda y custodia de los hijos involucrados in

directamente en el caso a estudio, tomando como punto de referencia lo establecido por el artículo 260 del Código Civil, el cuál dispone que el a quo podrá modificar la determinación de la custodia por sobrevenir nuevas circunstancias que originen la aplicación de las normas establecidas en los artículos 422, 423 y 444 fracción III del Código Civil y 94 del Código de Procedimientos Civiles. La resolución judicial en esos términos, la consideramos como una especie de regulación, limitación o hasta suspensión de la patria potestad respecto de los que tienen derecho a ejercerla, estimando que no da lugar a la pérdida de esa función fundamental en virtud de buscar proteger el interés de los hijos.

3.- En la misma concurrencia de conductas imputables a los padres, está el caso de divorcio, que provoca situaciones muy agudas donde existe la necesidad de regular la protección de los más afectados como lo son los hijos. Señalaremos a continuación las reglas seguidas, tanto en el divorcio por mutuo consentimiento, como en el contencioso.

a.-) DIVORCIO VOLUNTARIO.- Es el caso que los hijos contarán con la benevolencia de sus padres, esto es, se les tomará en cuenta para asegurarlos de algún modo, ya que lo importante para los consortes, es el separarse inmediatamente y sacrificándose alguno de ellos a no ver a su o sus hijos y confiar en la capacidad del cónyuge que va a tenerlos bajo su cuidado y custodia, para que los saque adelante en su formación y educación. En fin, este es un mal social no exclusivo de nuestro país, sino de todo el mundo; pero de ellos ya hablamos en su oportunidad. Ahora nos toca mostrar la regulación que hace la Ley a estas situaciones. Así tenemos que para que proceda este tipo de divorcio, amén de los requisitos de procedencia fijados en los artículos 267 fracción XVII, 272 in fine, 274 y demás relativos del Código Civil y 674, 675, 676 y demás aplicables del Código de Procedimientos Civiles, el artículo 273 del Código Sustantivo exige la presentación de un convenio, donde se establecerán precisamente:

I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

La situación anterior se complementa con los supuestos señalados en los artículos 303, 308, 311, 312, 317 del Código Civil y 675, 676, 680 a contrario sensu del Código de Procedimientos Civiles.

Se observa en las solicitudes de divorcio voluntario como en el convenio que efectivamente se ajustan a lo requerido por el mencionado numeral legal; esto es fijarse los términos en que habrá de darse y regularse el derecho a la guarda y custodia de los menores hijos del matrimonio y el derecho a la convivencia con éstos últimos; de igual manera observamos que es de rigor que se incluya en el convenio que "ambos padres ejercerán la patria potestad sobre sus menores hijos" ¿ Será acaso una alerta a su conciencia, por no ser el caso de que sólo por la solicitud hecha para su divorcio se ubiquen en cualquiera de las causas de pérdida de la patria potestad previstas por el artículo 444 del multicitado Código -- Substantivo ?

b.-) DIVORCIO NECESARIO.- Procede este divorcio cuando los cónyuges "se dan - hasta con la cubeta" (disculpando la expresión) y tratan de mostrarse uno respecto del otro, como el peor de los esposos o bien el inepto o desatendido padre, - descontando que en cierta parte tengan razón. Constantemente se ve, casi en forma cotidiana, como los mañosos padres - asesorados obviamente por profesionales del derecho - anteponen sus ansias de liberarse uno del otro y hasta de los --- hijos, y llegan a los juzgados competentes a demandar el divorcio necesario con todas sus consecuentes legales, a su consorte. Frecuentemente las partes demandadas prefieren cruzarse de brazos y no defender su dignidad y posición y se allanan judicialmente a la demanda. El padre algunas veces, cumple con los alimentos para sus hijos (y tal vez porque se le haya decretado un descuento por orden judicial) y las demás funciones de la patria potestad, quedan en el olvido; sí --- ¡ adiósl sin una mejor y profunda convivencia con los hijos, ya que no habrá -- ejemplos dignos y revestidos de valores morales para que influyan en la forma--- ción de los menores. Sin embargo, éstas causas sociológicas que se presentan --- como influyentes en la ruptura del vínculo matrimonial, requiere de un análisis más profundo; por ahora sólo señalaremos como en el divorcio contencioso se van a aplicar reglas que determinan el derecho a la guarda, custodia y convivencia con los hijos, por parte de los padres que están en vías de separarse, o bien que ya se separaron legalmente.

En primer término, mientras se desarrolle el procedimiento del juicio de divorcio necesario instaurado por alguno de los cónyuges en contra del otro, con apoyo en los artículos 275 y 282 del Código Civil, el juez atendiendo la situación de los hijos, acordará medidas provisionales, donde se intente proteger los derechos de éstos últimos; así observamos, las siguientes reglas:

I. Dictará las medidas necesarias para asegurar la asistencia de los hijos, a quienes hay obligación de dar alimentos;

II. Asegurar los alimentos que deban darse a los hijos;

III. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El Juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente;

IV. Los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre; salvo -- peligro grave para aquéllos.

Una vez concluido el penoso proceso el juez citará a los contendientes a escuchar sentencia; el mencionado juzgador, atendiendo los extremos comprendidos en las diversas fracciones de los artículos 444 y 447 del Código Civil y apoyándose en las facultades que le conceden los artículos 283 y 284 de la misma Ley, determinará la situación de los hijos en relación al ejercicio de la patria potestad. Así tenemos que al resolver en definitiva el juez ya no observará la aplicación-rigurosa de las reglas para el ejercicio, pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad, sino que atendiendo a las facultades otorgadas a su investidura dictará lo conducente. Entre las facultades que tiene el a quo, para allegarse de elementos de convicción para su decisión, están las siguientes:

a.- Llamará, de acuerdo a las normas de los ordenamientos aplicables, a los -- que tengan derecho al ejercicio de la patria potestad;

b.- Escuchará en petición a los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier - medida que sea considerada como benéfica para los menores;

c.- Atenderá preferentemente lo relacionado a la custodia y al cuidado de los hijos.

De las anteriores posiciones observamos que se concede al juez las más ----- amplias facultades para determinar la situación de la patria potestad, considerando concretamente que una de las situaciones más importantes es la de la custodia y cuidado de los hijos, a lo que el exponente agregaría, el derecho de garantizar una convivencia indispensable para el hijo con el padre o la madre que no lo tenga bajo su custodia, exceptuando desde luego, el supuesto en que haya sido condenado uno de ellos a la pérdida de la patria potestad, aunque dentro de los lineamientos del derecho natural el reo podrá seguir viendo a sus hijos, con ---

autorización de quién se encuentre únicamente ejerciéndola, en razón de la validez que tiene el derecho absoluto.

Utilizamos el término de garantizar la convivencia entre padres e hijos, por así haberlo decretado el juez, a efecto de asegurar el disfrute de ese derecho, ya que éste habrá de considerarlo como de ejercicio necesario y absoluto, dejando abierta una sanción especial para en caso de que obstaculice o impida el ejercicio de tal derecho; es decir, manejar medidas de apercibimiento, que en ocasiones llegan a ser débiles e incoercitivos, para el que no ha acatado la orden judicial, y sobre todo, por menoscabar el derecho de los hijos de estar en contacto con sus familiares naturales, ya sea el padre o la madre o que se encuentren restringidos a ese derecho.

Otro aspecto comprendido en el ejercicio de la patria potestad es con relación a la educación de los hijos; como ya veíamos, en condiciones normales, los esposos deciden conjuntamente la formación y educación que debe recibir el hijo; sin embargo, como ya decíamos también, en ocasiones se presentan factores que impiden el buen consenso entre los consortes, originando que dicha situación de desacuerdo se ventile a través de una controversia del orden familiar, para que el juez dirima dicha cuestión de conflicto y de esta manera quede garantizada la educación de los hijos. El artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles, en su parte conducente dice:

"Art.942.- No se requiere formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surgan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres y tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reglamen la intervención judicial."

## EXCUSA EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

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

El legislador inspirándose en los principios del derecho natural, declara a la patria potestad con carácter personal, imperativo, intransferible e irrenunciable; sin embargo, el mismo legislador apoyándose en los mismos principios -- totales del derecho universal, aunque a través de las leyes positivas aplicables desconoce a los padres la alternativa de renunciar al cargo contraído por la patria potestad; en cambio regula y admite que por hechos propios de la naturaleza se pueden excusar en beneficio de sus descendientes. Así tenemos, que sólo en -- los casos específicos previstos por la ley, podrá excusarse en el ejercicio de -- la patria potestad los ascendientes que deban cumplir con tal función, para lo -- cuál el juez procederá a aplicar normas que prevén tal situación para suplir la falta de quienes se han excusado y nombrar de inmediato a las personas que ha-- brán de continuar en el cumplimiento de la misión de protección y formación de -- los incapaces, por minoridad de edad o por deficiencia mental.

Los artículos 448 del Código Civil y 938 fracción III del Código de Procedi-- mientos Civiles, regulan y señalan los casos en que se permite la excusa de los ascendientes en el ejercicio de la patria potestad. Dichos numerales dicen:

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

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

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

Caso:

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

### SUSPENSION DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

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

"Art.447.- La patria potestad se suspende:

I. Por incapacidad declarada judicialmente;

II. Por la ausencia declarada en forma;

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

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

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

#### 1. IMPOSIBILIDAD MATERIAL DE CUMPLIR CON EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

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

a.- POR INCAPACIDAD DECLARADA JUDICIALMENTE.

En este apartado nos vamos a apoyar en el artículo 450 de la precitada ley, - del que desprendemos que las personas que se encuentran ejerciendo la patria potestad sobre sus hijos, pueden caer en un estado de incapacidad mental, independientemente de la causa que origine la insania de los mencionados ascendientes.- En el presente caso, es obvio suponer que dichas personas en el momento de caer en el estado de incapacidad, ejercían la patria potestad sobre sus hijos, en virtud de que tenían la capacidad de ejercicio pleno para cuidarlos, formarlos y presentarlos; por lo que en el extremo contrario, al perder esa capacidad de --- ejercicio, se les restringe tales facultades, por carecer de la lucidez mental - permanente para sus decisiones solventes y prudentes. El estado de incapacidad - mental en que se encuentra la persona que venía ejerciendo la patria potestad, - se declarará judicialmente, en términos de lo dispuesto por los artículos 904, - 905 y demás aplicables del Código de Procedimientos Civiles, a fin de que el --- juez provea las medidas necesarias y procedentes al caso, y esté en aptitud de - resolver sobre la suspensión de la patria potestad de quien ahora se encuentra - en estado de interdicción. Es menester señalar que en razón de dicha determinación, la suspensión durará mientras subsista la incapacidad del sujeto activo de la patria potestad; por lo que, levantada la interdicción, la persona que se encontraba sujeta a ella, recuperará el ejercicio de sus potestades.

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

## b.- LA AUSENCIA DECLARADA EN FORMA.

En el caso de que se ignorase el paradero de alguna de las personas que en el orden preferente les corresponda el ejercicio de la patria potestad, se le sancionará al ausente con la suspensión en el ejercicio de ese derecho, toda vez -- que es inminentemente material el incumplimiento de la función sobre los hijos.- Respecto a esta situación, es menester señalar que no precisamente se trata de una ausencia con presunción de muerte que daría lugar a la extinción de la patria potestad, sino más bien se trata de un alejamiento de sus hijos, que hace imposible el ejercicio de las facultades y deberes paternos.

De igual manera señalaremos, que las relaciones de la patria potestad se ---- deben ejercer en forma personalísima, por ende, es improcedente pensar que el -- ausente deje un representante, ya que como hemos mencionado líneas arriba, se -- tendrá que seguir los lineamientos que preceptúan los artículos 651 y 673 fracción III del Código Civil y 122 fracción II del Código de Procedimientos Civiles para que aparte de las manifestaciones invocadas por el sujeto activo que se encuentre ejerciendo únicamente la patria potestad, se cumplan las formalidades de la declaración de ausencia del sujeto a quién lo corresponde el ejercicio de la mencionada función, por lo que dicha probabilidad es inadmisibles en virtud del carácter personalísimo de las relaciones filiales.

## 2. POR SENTENCIA QUE IMPONGA COMO CONDENA LA SUSPENSIÓN DEL DERECHO A EJERCER LA PATRIA POTESTAD.

En un último caso, el juez del conocimiento con las facultades que le otorgan los artículos 283 y 284 del Código Civil, y aplicando las hipótesis previstas en los artículos 285 y 447 de la misma ley y como consecuencia de una sentencia de divorcio necesario o de cualquier otra acción que involucre una sanción judicial de tal índole, podrá dictar resolución donde se condene a la restricción o suspensión de los derechos inherentes a la patria potestad con respecto al reo que sea culpable o condenado con tal sanción en el juicio respectivo, subsistiendo desde luego, el seguir cumpliendo con las obligaciones y deberes inherentes a la patria potestad. En esas condiciones el juez resolverá que el cónyuge inocente sea quién únicamente ejerce los derechos derivados de la patria potestad y a falta o por imposibilidad para ejercitarla, podrá hacerlo nuevamente aquél que -

estaba suspendido o bien tenía restringido ese derecho.

Finalizamos la presente fase señalando que la vía para recuperar los derechos suspendidos, será la que ordena el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles.

### PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

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

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

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

Dicha hipótesis comprende dos aspectos; uno, que es genérico a todos los demás casos; y el otro, primero en especie al tratamiento de la pérdida de la patria potestad. Decíamos que el primer supuesto comprende un concepto genérico,-

al decir: "Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho..." Esto nos hace concebir que una vez cumplida la garantía de legalidad consagrada en nuestra Carta Magna en sus artículos 14 y 16, al señalar específicamente a la sentencia que impone la condena de la pérdida del derecho a que nos estamos refiriendo, condicionado a que mediante juicio se demostró que el reo -- culpable encuadró su conducta a cualquiera de los supuestos señalados en las --- cuatro fracciones del artículo que se comenta.

El segundo párrafo contenido en la fracción I del artículo en cita, nos parece poco aplicable por los términos que utiliza, pues dice que: "...cuando es condenado dos o más veces por delitos graves." Destacamos que el emplear la palabra "condenado" significa: "sometido a una pena por un Tribunal", y a su vez, "Condena" es decisión o sentencia de un tribunal criminal que pronuncia una pena contra el autor de un crimen, de un delito. Así que en ese orden de ideas tenemos, -- que dentro de nuestro marco de legalidad contemplado en los artículos 13, 14, 16 17 y tal vez algunos otros de nuestra Constitución Política, para que una persona indiciada en un juicio del orden criminal como responsable de una conducta -- ilícita sea declarado culpable, es necesario que se dicte tal resolución en esentido y que en su momento se ejecute. Por lo que ante ese estado de cosas, nos nacen las siguientes interrogantes: ¿ Qué será lo más grave ?; ¿ El delito cometido por el delincuente ? ó ¿ el daño mental que se produzca en el menor ? Antetales cuestionamientos me permitió presentar el caso siguiente tramitado ante los Tribunales de Justicia del Fuero Común en el Ramo Familiar del Distrito Federal:

"Por escrito presentado ante el Juzgado Vigésimo Primero de lo familiar de ésta Ciudad, los señores MARIANO EGUIARTE MANGE y MARIA DE LA LUZ CALDERON demandaron del señor ALEJANDRO RODRIGUEZ ---- LINARES en la vía ordinaria civil, la pérdida de la patria potestad respecto de su menor hija ----- MARIANA ALEJANDRA RODRIGUEZ EGUIARTE, en su calidad de abuelos maternos de la misma... La parte actora, fundó su acción manifestando que en su calidad de abuelos maternos, de la menor MARIANA ALEJAN--DRA RODRIGUEZ EGUIARTE, hija del demandado y de la señora ISABEL CLARA EGUIARTE CALDERON esposa de -- éste, demandaron la pérdida de la patria potestad que sobre dicha menor ejerce el señor ALEJANDRO -- RODRIGUEZ LINARES, puesto que con fecha doce de enero de mil novecientos ochenta y cuatro el ahora -- demandado, asesinó a su esposa CLARA ISABEL EGUIARTE CALDERON hija de los promoventes, el cuál confesó ante la Procuraduría del Distrito Federal, que después de haberla golpeado la estranguló y arrojó su cuerpo en el Kilómetro cuarenta y tres y medio de la carretera México-Cuernavaca; que el demanda--do se encuentra sujeto a proceso ante el Juzgado Vigésimo Primero Penal del Distrito Federal bajo la causa número 62/84 y de las copias certificadas que de dicho juicio fueron aportadas por los actores

como medio de prueba, se acredita que de la actuación relativa al Auto de Término Constitucional -- dictado el primero de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro, se decretó la formal prisión o -- preventiva de ALEJANDRO RODRIGUEZ LINARES como presunto responsable de los delitos de Homicidio y -- Violación a las Leyes sobre Inhumación y Exhumación cometidos en la persona de ISABEL CLARA EGUIARTE DE RODRIGUEZ; asimismo, con el acta de defunción de ésta aparece que las causas de su deceso fueron asfixia por estrangulamiento, documental que ha sido valorada en términos de los artículos invocados en el segundo de éstos considerandos. Ahora bien, la prueba confesional a cargo del demandado, tiene valor probatorio pleno, puesto que al contestar las posiciones números...previamente calificadas legales, confeso de cierto que dió muerte a su cónyuge, que por tal motivo se encuentra procesado, - que desde el mes de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, se encuentra recluido en el Reclusorio Preventivo Oriente de ésta Ciudad y que desde el nacimiento de su menor hija, ésta ha convivido con sus abuelos maternos y que por tal motivo, a la fecha se abstiene de ejercer la patria potestad sobre su menor hija, a mayor abundamiento, el demandado manifestó: "...Que encontrándose actualmente en buen estado de salud mental y sin ninguna presión de ninguna índole, manifiesta que dado a los -- cuatro años que se encuentra internado en este Reclusorio preventivo y que por lo mismo no ha tenido la oportunidad de convivir con su menor hija de nombre MARIANA ALEJANDRA RODRIGUEZ EGUIARTE consi--- derará que es preferible que dicha menor quede en poder de sus abuelos maternos como hasta la fecha se encuentra, que sean ellos y que sigan manteniendo la guarda y custodia de dicha menor ya que no --- quiere que su hija sufra algún trastorno de tipo psicológico... Por lo que el Juez del conocimiento, de conformidad con la pruebas antes valoradas, especialmente la confesión expresé que hizo el deman dado el día diecinueve de febrero pasado, fecha en que ante el Reclusorio Preventivo Oriente fué --- desahogada la prueba confesional a su cargo, es procedente resolver que los actores acreditaron los extremos de la fracción III del artículo 444 del Código Civil vigente y que el demandado no justifica la negativa a la demanda ni las excepciones que opusó; por lo que resulta procedente, condenarlo a la pérdida de la patria potestad que tiene sobre su menor hija ya que AL EXISTIR LA PRESUNCION DE QUE EFECTIVAMENTE DIO MUERTE A SU ESPOSA, ésta conducta que observa puede comprometer la salud, la - seguridad, la moralidad y el desarrollo normal de su hija, conducta delictiva que no permitiría dar debido cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 422 del Código Civil, ya que siendo la patria potestad una misión de interés público y de alto contenido social, la ley impone a los ascendientes el deber de educar convenientemente a los menores sujetos a aquélla, reiterando que éstos compromisos - legales no se cumplen en la especie por la conducta delictiva del demandado. En consecuencia de lo anterior y toda vez que los señores MARIANO EGUIARTE y MARIA DE LA LUZ CALDERON en su carácter de abue los maternos de la menor MARIANA ALEJANDRA RODRIGUEZ EGUIARTE siempre la han tenido bajo su cuidado como expresamente lo confeso el demandado, es procedente otorgarles la guarda y custodia definitiva de la misma, por ende, el ejercicio de la patria potestad, para que en lo sucesivo dichas personas -

lo lleven a cabo con todas las obligaciones y derechos que al respecto marca la Ley..."

Es claro que el juez de lo familiar apoyándose en la aplicación exacta de la fracción III del artículo 444 del Código Civil condenó correctamente al padre de la menor afectada, con la pérdida de la patria potestad que tenía sobre ella, en virtud de que se ponía en grave peligro su normal desarrollo; cuestión que el mencionado juzgador resolvió con certeza olvidándose de interpretar y aplicar la imprecisa fracción I del mismo artículo citado, ya que en caso de que así hubiere sucedido, necesariamente cabría una suspensión hasta que la sentencia penal fuera condenatoria y hubiere causado estado.

Concluimos este comentario adhiriéndonos a lo expresado por Montero Duhalt en su obra, al decir: "Bastaría con declarar que la patria potestad se pierde a juicio del juez, cuando la conducta de los que la ejercen constituye una amenaza --- para la salud, seguridad o moralidad de los menores. En esta forma quedarían comprendidas todas las conductas nocivas, independientemente de que las mismas fueran consideradas o no como delitos." (69)

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

Es notorio que al quedar derogadas las antiguas reglas que contenía el artículo 283 del Código Civil y al ser referidas por el artículo 444 del mismo Ordenamiento, acerca de la pérdida de la patria potestad como consecuencia de un juicio de divorcio necesario, que contenían las siguientes disposiciones:

PRIMERA: Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere, se nombrará tutor.

SEGUNDA: Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente pero a la muerte de éste el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola-

el otro al acaecer ésta. Entretanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad - del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará --- tutor.

TERCERA: En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos --- quedarán en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.

Es decir, al aplicar normas específicas, el derecho era mucho más objetivo, incluso se daba fiel cumplimiento a lo ordenado por nuestros preceptos supremos contenidos en la Constitución, particularmente en el artículo 14, que en su parte -- conducente establece: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva -- deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho."

Sin embargo, con las reformas sufridas por el Código Civil, el mencionado artículo 283 evolucionó, para quedar como sigue:

"Art.283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cuál el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios --- para ello. El Juez observará las normas del presente código -- para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quién legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor."

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

Hemos aludido a la buena intención del legislador de crear una situación a regular el beneficio de los hijos; el "pero" lo constituye las personas en quienes se depositan las facultades omnímodas, pues se han desestimado las funciones de-

Los jueces, al grado que sus actuaciones las llevan a cabo en forma caprichosa y mecanizada, no obstante que el mismo artículo 283 establece: "... debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello..." Suele suceder que al demandarse el divorcio necesario, como prestación se reclama la disolución del vínculo matrimonial y como prestación autónoma la pérdida de la patria potestad que tiene el demandado sobre sus hijos. Una vez agotado el procedimiento ordinario, cita el juez a las partes para oír sentencia y se olvida completamente de ajustarse a lo establecido en el precepto señalado; más aún pasa por alto el apoyo que brinda el artículo 284 del mismo Código Civil, limitándose a resolver conforme a las reglas de la lógica y la experiencia y encuadrando casi siempre al demandado en el supuesto común para decretar la pérdida de la patria potestad contenida en la fracción III del artículo 444 de la Ley precitada.

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

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

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

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

Claro y suficientemente entendido deja el espíritu de la intención de la ley -- acerca de esta regla que para nosotros, como ya mencionabamos anteriormente, --- constituiria la aplicación común a los casos que se llegaran a encuadrar en cual -- quiera de los supuestos manejados en la fracción III del artículo que se comenta -- toda vez que el legislador lleva bien acabo la protección de los menores, en --- todos los aspectos que sean contrarios al medio propicio para su normal desarro -- llo. Esta fracción por contener una excelente técnica descriptiva, hace que los -- comentarios sean innecesarios.

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

El último supuesto contenido en el artículo 444 del Código Civil, no es más -- que la situación derivada de la indignidad de los padres de abandonar desde un -- principio o más tarde a sus hijos, dándose en estos casos situaciones más o m--- menos, graves, ya que en muchos casos los padres biológicos por encontrarse en -- un estado de indigencia abandonan a sus hijos en manos de otras personas que los -- acogen de inmediato y les brindan la protección necesaria, de tal manera que --- esas personas, tal como lo dejamos dicho al hablar sobre la adquisición de la pa -- tria potestad, se constituyen en tutores de los abandonados para posteriormente -- hacer valer esos derechos derivados de una fuente afectiva respecto al menor --- abandonado; en tal virtud, la ley reconoce los derechos de esas personas que aún -- no siendo los padres naturales de los menores involucrados en el abandono, desem -- peñan tal función como si lo fueran, y a su vez, se impone como sanción a los pro -- genitores que abandonan a su suerte a sus hijos, la pérdida, con carácter de --- irreversible, de los derechos de la patria potestad que acaso pudieran alegar. -- Otro caso, aún más delicado, se manifiesta cuando los progenitores exponen y ---

dejan abandonados a sus hijos en el más completo desamparo sin el cuidado de -- nadie; esta situación quizás mereciera una sanción penal bastante severa, ya que de hecho la que regula la legislación civil resulta demasiado benévola para ---- tales sujetos.

### TERMINACION DE LA PATRIA POTESTAD.

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

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

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

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

Otra situación que merece ser comentada y que ya lo hemos hecho con anterioridad, es el referente a la patria potestad que se ejerce por los padres adoptivos pues una vez que se da el fallecimiento de éstos últimos y al estar regulada la adopción en nuestro sistema jurídico como relativa, observamos que se puede dar la posibilidad de recuperar la patria potestad transferida por los padres biológicos de los menores que estaban bajo la patria potestad de sus padres adoptivos por lo que al ser abordada tal cuestión en dichas probabilidades se nos hace un poco subestimativo hablar de extinción de la patria potestad en esta situación.

#### II. CON LA EMANCIPACION DERIVADA DEL MATRIMONIO.

Esta forma de terminación se funda en que el matrimonio es incompatible con - el estado de subordinación de un menor sometido a la patria potestad, en virtud-

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

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

### III. POR MAYORIA DE EDAD DEL HIJO.

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

## CAPITULO IV. LA PATRIA POTESTAD EN LA PRACTICA FORENSE.

### A. PRACTICA JUDICIAL. (JURISPRUDENCIAS).

#### PATRIA POTESTAD, IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA.

Los derechos que derivan de la patria potestad no son renunciables, pues las disposiciones legales que la rigen son de indiscutible interés público de acuerdo con lo que previene el artículo 8º del Código Civil.

SEXTA EPOCA, CUARTA PARTE: VOL.LXVII, Pág.110. A.D. 8824/61.

RODOLFO MARTINEZ RAMIREZ. Unanidad de 4 votos.

#### PATRIA POTESTAD DEL HIJO NATURAL RECONOCIDO POR LOS PADRES QUE NO VIVEN JUNTOS.

Si bien es cierto que conforme al artículo 281 del Código Civil, en caso de -- que el reconocimiento de un hijo natural se efectúe por los padres que no viven -- juntos, ejercerá la patria potestad el que primero lo hubiere reconocido, también lo es que este primer lugar no se establece, como injustificadamente lo alega el quejoso, por el hecho de que su nombre figura en primer término en el acta de reconocimiento levantada por él y por la madre del menor en los términos del artículo 380 del mismo código, sino que tal primer lugar necesariamente tiene que --- establecerse cuando el reconocimiento se haga en actos sucesivos y no en uno sólo como en la especie.

QUINTA EPOCA: SUPLEMENTO DE 1956, Pág.346. A.D. 4670/52.

ENRIQUE GONZALEZ ESTEVEZ. 5 votos.

#### MENORES QUE DEBEN QUEDAR EN PODER DE LA MADRE.

Existe interés social en que los menores estén en poder de su madre hasta la -- edad que fije el Código Civil aplicable, porque es quien se encuentra más capacitada para atenderlos con eficacia, esmero y cuidado necesarios, de tal suerte que si no se está en los casos de excepción que marca la ley para que deba ser separado el menor de edad del cuidado de la madre, éste no podrá pasar a la custodia -- del padre que así lo solicite.

AMPARO DIRECTO 5057/73.- MANUEL RAMON GIL LOPEZ.- 3 de marzo de 1975

5 votos.- Ponente; DAVID FRANCO RODRIGUEZ.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. SEPTIMA EPOCA. VOLUMEN 75.  
CUARTA PARTE. MARZO 1975. TERCERA SALA. Pág.23.

DIVORCIO VOLUNTARIO, GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS EN EL. SE RIGE POR LAS NORMAS GENERALES DE LAS OBLIGACIONES. (LEGISLACION DEL ESTADO DE TAMAULIPAS).

Al permitir el legislador de Tamaulipas en el artículo 285 fracción I, del --- Código Civil, que la guarda y custodia de los hijos de matrimonio, sea una situación sobre la cual pueden pactar los padres en los casos de divorcio voluntario, esto quiere decir, que no se estimó lesivo para los intereses de los menores, que esa hipótesis se rigiera por las normas generales de las obligaciones, consecuentemente, lo único que se requiere en estos casos, es que la condición impuesta -- sea lícita y posible en los términos que lo deben ser las modalidades a que pueden sujetarse las obligaciones conforme al artículo 1823 del citado Código Civil. En tales condiciones, si lo que convino fué, que llegado el caso de que la madre contraería nuevas nupcias o decidiera vivir en amasiato o concubinato con otro -- varón, distinto del que había sido su marido, el hijo del matrimonio que quedaba a su cuidado, pasaba a la custodia del padre, este supuesto no implicó otra cosa, que condicionar el cambio de la guarda y custodia del menor a la realización de - un acontecimiento futuro e incierto, como pudo serlo el cambio de domicilio, de - residencia o de ocupación, que no restringe la libertad sexual de la mujer, pues - lo que se previó no fue su abstinencia absoluta de tener relaciones sexuales, --- sino la convivencia más o menos permanente de ella al lado de otro hombre, que - presuponen un nuevo matrimonio o las relaciones de amasiato o concubinato.

AMPARO DIRECTO 2628/73.- MARIA DOROTEA RIVERA ALFARO.- 6 de julio de 1976.

4 votos.- PONENTE: ATANASIO GONZALEZ MARTINEZ.

INFORME 1977. SALA AUXILIAR. Pág.33.

MEJORES, ACCION DE RECUPERACION DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS. ELEMENTOS.

La acción para recuperar la guarda y custodia de un menor hijo, que es una de las prerrogativas que tiene el padre que ejerce la patria potestad, requiere de - los siguientes elementos: a) la calidad con que se demanda, como ser el padre o - en su caso, la madre, y por lo tanto, en el ejercicio de la patria potestad del - menor; b) la violación de ese derecho deducido, o sea, la privación de la guarda - y custodia del menor; y c) el hecho que se haya traducido en la desposesión del -

menor hijo, frente a otra u otras personas con menor derecho para ello.

AMPARO DIRECTO 6320/75.- MIGUEL OREA GAMEZ.- 4 de marzo de 1977.

4 votos.- PONENTE: RAUL LOZANO RAMIREZ.- Secretario: CARLOS ALFREDO SOTO V.  
INFORME 1977. TERCERA SALA. Pág. 121.

PATRIA POTESTAD, INTERES DE LOS HIJOS PARA EL EJERCICIO UNICO DE LA. HIJOS HABI--  
DOS FUERA DE MATRIMONIO.

Tratándose de conflicto entre padres por los hijos nacidos fuera de matrimonio en el que se pide el ejercicio exclusivo de la patria potestad para uno de éstos, cuando vivían juntos y se separaron, en caso de que no se pongan de acuerdo, el Juez deberá tener en cuenta los intereses de los hijos; pero estos intereses no necesariamente se identifican con la capacidad económica de uno de los progenitores para decidir que queden bajo su única patria potestad, sino que en cada caso deben examinarse circunstancias muy diversas, tales como la edad y sexo de los -- hijos, así como las consecuencias que han existido antes y después del estado de separación, con objeto de que el juzgador pueda conocer cuál de los dos progenito res ha tenido mayor cuidado por ellos, es decir, en que forma directa o indirecta han atendido a la subsistencia y educación de los hijos y en que medida han estado pendientes de su salud y seguridad. No basta que los padres tengan importantes recursos económicos y sociales, si estos recursos no se ponen a disposición de -- los menores con objeto de que puedan disponer de una vivienda mejor, de alimentos suficientes para su desarrollo, de servicios médicos y medicinas para su salud, y de buenas escuelas para que tengan una esmerada educación, pero sobre -- todo debe tenerse en cuenta cuál de los dos padres tiene mejor conducta para que los hijos puedan tener una sólida y buena moral, ya que la Ley se preocupa por el bienestar de los menores, pero no sólo en el orden material, sino fundamentalment en el orden espiritual. En este orden de ideas, el Juzgador debe entender que los intereses de los hijos requieren que la patria potestad se entregue al padre o a la madre que haya demostrado el mayor empeño material y moral por ellos, al que -- haya estado más pendiente de sus subsistencias, seguridad y educación y al que -- le presente un ambiente agradable para su formación con objeto de que su proyec-- ción espiritual sea grande, independientemente de su situación social y económica pero sobre todo, que al hacerse esa designación no se perjudique el estado emocional y afectivo de aquéllos, con objeto de que no se deteriore su personalidad. --

Para ello la autoridad jurisdiccional debe examinar objetivamente estas circunstancias, que precisan los intereses de los hijos, para poder designar, en estos casos, cuál es el progenitor que conviene a ellos que ejerza la patria potestad.

AMPARO DIRECTO 5412/74.- LUZ MARIA MENDOZA ARREGUIN.- 28 de octubre de 1977  
Unanimidad de 4 votos.- PONENTE: RAUL LOZANO RAMIREZ.- Secretario; CARLOS ALFREDO SOTO VILLASEÑOR. INFORME 1977. TERCERA SALA. Pág.122.

#### PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA.

Las disposiciones que contiene la Ley Civil sobre las causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad son limitativas, restrictivas, y no ejemplificativas, razón por la cuál para que el Juez pueda imponer esta sanción a alguno de los progenitores es necesario que la causa que se alegue encuentre apoyo expreso en algún dispositivo de la ley.

AMPARO DIRECTO 5041/76.- MARIA HERNANDEZ GUZMAN VIUDA DE MORALES.- 3 de octubre de 1977.- 5 votos.- PONENTE: J. RAMON PALACIOS VARGAS.- Secretario: CARLOS A. GONZALEZ ZARATE. INFORME. 1977. TERCERA SALA. Pág.124.

#### PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. CONDUCTA DEPRAVADA COMO CAUSAL.

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

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

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA (LEGISLACION DE VERACRUZ).

Si la acción sobre pérdida de la patria potestad de la madre sobre el hijo deambos, la fundó el actor aduciendo que la madre demandada tiene abandonado al -- hijo y lleva una conducta bastante ligera ya que asiste a cantinas y a un salón - público de baile, con lo que compromete la salud, moralidad, seguridad e educa--- ción del menor, aun cuando los testigos respectivos hayan afirmado que les constan esos hechos, el juzgador calificó con estricto apego a los principios de la - lógica y del buen sentido las declaraciones testimoniales al estimar que si tales testigos admitieron que el salón aludido es un salón para familias y en autos no aparece que la demandada tenga hábito o costumbre de ingerir bebidas alcohólicas, no se da el supuesto del artículo 375, fracción III, del Código Civil del Estado de Veracruz, conforme al cual, la patria potestad se pierde cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad y la moralidad de los hijos.

SEXTA EPOCA, CUARTA PARTE: VOL.XXXVIII, Pág.227. A.D. 1489/59.

RAMON ROJAS SANCHEZ. Unanimidad de 4 votos.

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA, POR COSTUMBRES DEPRAVADAS DE LOS PADRES (LEGISLACION DE JALISCO).

Es indudable que las causas genéricas señaladas en el artículo 497 del Código Civil para la pérdida de la patria potestad deben concretarse en cada caso, mencionando los hechos que según el criterio del actor sean demostrativos de costumbres depravadas del demandado, de malos tratamientos de éste para con sus hijos o que pongan de manifiesto el abandono de sus deberes para con ellos, para que --- dicho demandado sepa cuáles son los hechos que le imputan y esté en aptitud de defenderse e inclusive para que el propio actor, en orden al principio de congruencia procesal pueda rendir tendientes a comprobar tales hechos que son constitutivos de su acción, conforme al artículo 286 del Código de Procedimientos Civiles - del Estado de Jalisco, a fin de que el juez sea quien califique si esos hechos, - por comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, son causa suficiente para que el demandado deba perder la patria potestad sobre sus hijos y - la guarda y custodia de los mismos. El señalamiento de los hechos constitutivos - de la acción no sólo es indispensable para que el demandado esté en condiciones - de preparar su defensa y no quede inaudito, sino también para que el juez pueda -

pueda decidir sobre la gravedad de los mismos; por lo tanto, esta omisión del actor en el planteamiento de su demanda que deja en estado de indefensión a la parte demandada, acarrea también la consecuencia de tornar estériles todos los esfuerzos posteriores durante la secuela del juicio para obtener un pronunciamiento favorable a las pretensiones del actor. Como complemento a estas ideas cabe agregar que la naturaleza del proceso civil exige que se precisen en la demanda los hechos constitutivos de la acción, porque son los que provocan la decisión judicial y son, asimismo, los que deberá tomar en cuenta el juzgador para efectuar la comprobación de si los mismos encajan dentro de las normas jurídicas invocadas por el actor, para en seguida y como culminación del desenvolvimiento intelectual del proceso, decidir si ha prosperado la acción y debe protegerse el derecho subjetivo lesionado.

SEXTA EPOCA, CUARTA PARTE: VOL.L, Pág.113. A.D. 8178/59.

AGUSTIN ROBLES ZUÑIGA. Unanimidad de 4 votos.

PATRIA POTESTAD, PRUEBAS PARA LA PERDIDA DE LA.

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

SEPTIMA EPOCA, CUARTA PARTE:

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

Vols.97-102, Pág.214, A.D.. 4362/76. GABRIEL LOPEZ FLORES. 5 votos.

Vols.145-150, Pág.441. A.D. 3112/79. BIENVENIDO MOSCOSO MARTINEZ. 5 votos.

Vols.151-156, Pág.237. A.D. 7402/80. MICHEL GABAYET MARTIN. 5 votos.

Vols.169-174, Pág.157. A.D. 4024/82. JOEL DIAZ BARRIGA MURILLO.

PATRIA POTESTAD, CONYUGE A QUIEN CORRESPONDE EN CASO DE DIVORCIO (LEGISLACION DEL ESTADO DE TAMAULIPAS).

Si bien es cierto que, en principio, conforme a la fracción III del artículo 91 del Código Civil del Estado de Tamaulipas, la patria potestad debe concederse al cónyuge que no haya dado motivo al divorcio, pero siempre y cuando los padres no hayan convenido quién de ellos deba ejercerla y siempre que los menores no se-

hallen en período de lactancia, al propio tiempo el dispositivo de que se trata de conceder al juzgador facultades discrecionales para otorgar el ejercicio de la patria potestad, atendiendo, por encima de la culpa de los cónyuges en el divorcio, a la conveniencia de los hijos. Si en un caso, habiendo admitido la esposa - que abandonó el domicilio conyugal, como consecuencia de que se espuso la había corrido del mismo, de que le daba malos tratos y de que no le proporcionaba alimentos, y con ello se considera que se ha comprobado la causal de divorcio consistente en el abandono injustificado del hogar conyugal que el esposo hizo valer, esto evidentemente pone de relieve que se tiene por acreditada una causal de divorcio que de ninguna manera pone de manifiesto la existencia de ningún inconveniente o impedimento para que la menor permanezca al lado de su madre.

QUINTA EPOCA: TOMO CXXII, Pág.446. A.D. 5493/54  
DANIEL VAZQUEZ. 5 votos.

PATRIA POTESTAD RECLAMADA EN UN DIVERSO JUICIO, ALEGANDOSE QUE EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO NO SE FIJO LA SITUACION DE LA HIJA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE DURANGO)

Si en el juicio de divorcio el actor obtuvo sentencia ejecutoriada en su favor y se declaró culpable a su esposa, pero no se condenó a ésta a la pérdida de la patria potestad de su hija, en esta virtud el actor de aquél juicio, no puede iniciar un nuevo juicio, fundado en esa ejecutoria, demandando a la misma esposa la pérdida de la patria potestad de su hija que no le había sido concedida en aquél juicio, si el actor consintió que la sentencia de divorcio fuera omisa respecto a de la situación de la hija de los contendientes, aunque en la fecha de la presentación de la demanda de divorcio no tuviera conocimiento del nacimiento de su --- hija, si mucho antes de que el juez natural dictara la sentencia tuvo conocimiento de la existencia de la referida menor, y en todo ese tiempo no se lo comunicó al Juzgador: por lo que, si en la sentencia de divorcio no se fijó la situación de la hija, dicha sentencia causó estado por causas imputables al actor, en virtud de que consintió la omisión de que se trata; en consecuencia, en el nuevo juicio sobre pérdida de la patria potestad no puede hacerse valer la casual a que se refiere el artículo 439, fracción II del Código Civil del Estado de Durango ( que es semejante al artículo 444 del Código Civil del Distrito Federal ), en relación con el artículo 278, en el sentido de que los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; máxime si posteriormente las partes de aquél juicio con vinieron notarialmente que ambos ejercerían la patria potestad; de tal manera que

sólo podrá demandarse la pérdida de la patria potestad por otra casual diferente, pero no por la ya indicada.

AMPARO DIRECTO 566/77.- JOSE ANTONIO HERNANDEZ BARRAZA.- 28 de octubre de 1977.  
5 votos.- PONENTE: RAUL LOZANO RAMIREZ.- Secretario: CARLOS A. SOTO VILLASEÑOR.  
INFORME 1977. TERCERA SALA. Pág.127.

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. NO SON SUSCEPTIBLES DE SER APLICADOS POR ANALOGIA LOS PRECEPTOS QUE LA REGULAN EN EL DIVORCIO, A LOS CASOS DE NULIDAD DEL MATRIMONIO.

La patria potestad que ejercen los padres sobre sus hijos emana del hecho de la engendración y no del acto jurídico del matrimonio y, por regla general, debe ser ejercitada por todos ellos; sólo en casos excepcionales que la misma ley ---- prevee puede el juez condenarlos a su pérdida: El artículo 283 del Código Civil establece varias excepciones a esta regla general, pues los condena a su pérdida en determinadas situaciones. Estas reglas, como constituyen excepciones al ordenamiento que siempre se debe observar, no son susceptibles de ser aplicadas por analogía a la nulidad de matrimonio para de esa manera, condenar al cónyuge culpable a la pérdida de la patria potestad, por prohibirlo expresamente el artículo 11 -- del mismo ordenamiento, mismo que estatuye: "Las leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes".

AMPARO DIRECTO 6005/75.- MARGARITA CARRILLO IZAGUIRRE.- 18 de abril de 1977.  
5 votos.- PONENTE: J.RAMON PALACIOS VARGAS.- Secretario: CARLOS A. GONZALEZ Z.  
INFORME 1977. TERCERA SALA. Pág.126.

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. LA CONCEPCION DE UN HIJO FUERA DE MATRIMONIO NO LA IMPLICA NECESARIAMENTE.

El hecho de que una mujer viuda haya concebido un hijo (fuera de matrimonio), no implica necesariamente que su conducta haya sido escandalosa, porque la concepción no es un acto inmoral imputable a la conducta de una persona ya que aún fuera de matrimonio puede estar unida a otra de distinto sexo observando recato; por tanto, para la procedencia de la pérdida de la patria potestad, por costumbres -- depravadas de la madre, no es suficiente que se acredite la concepción de un hijo fuera de matrimonio, sino que se requiere además, la demostración de que la deman

dada realiza actividades indecorosas.

AMPARO DIRECTO 819/76.- J.GUADALUPE OROZCO ARREOLA Y OTRA.- 4 de marzo de 1977.  
5 votos.- PONENTE: RAUL LOZANO RAMIREZ.- Secretario; CARLOS A. SOTO VILLASEÑOR.  
INFORME 1977. TERCERA SALA. Pág.125.

PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. LA CONCEPCION DE UN HIJO FUERA DE MATRIMONIO NO  
LA IMPLICA NECESARIAMENTE.

El hecho de que una mujer divorciada haya concebido un hijo fuera de matrimo--  
nio no implica necesariamente que su conducta haya sido escandalosa, porque la --  
concepción no denota inmoralidad en la conducta de una persona, ya que aún fuera  
de matrimonio puede estar unida a otra de distinto sexo observando recato; además  
cabe estimar que si ella admite su gravidez, eso únicamente prueba la existencia  
de un acto aislado que no constituye mala conducta, para los efectos de la pérdi--  
da de la patria potestad.

AMPARO DIRECTO 2119/77.- JUAN FERNANDO BROCCA CASTILLO.- 24 de octubre de 1977.  
Unanimidad de 4 votos.- PONENTE: RAUL LOZANO RAMIREZ.- Secretario: CARLOS A.SOTO  
VILLASEÑOR. INFORME 1977. TERCERA SALA. Pág.125.

PATRIA POTESTAD, CUANDO EL PADRE VIVE EN AMASIATO CON OTRA MUJER NO PUEDE DEMAN--  
DAR A LA MADRE LA PERDIDA DE LA, RESPECTO AL HIJO DE AMBOS.

Si el legislador ha querido proteger a los menores al separarlos de sus padres  
cuando por la conducta de estos se afecte su salud, seguridad o moralidad, esta -  
protección se vería frustrada, si se demanda por el padre la pérdida de la patria  
potestad de la madre, y el menor es incorporado al domicilio del padre donde vive  
con otra mujer en amasiato y con quién ha procreado otros hijos, circunstancia --  
ésta que colocaría, además, al menor en situación de desventaja desde el punto de  
vista afectivo e inclusive moral frente a sus medios hermanos.

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

## B. MECANISMOS Y DOCUMENTACION PROCESAL.

### I.- JURISDICCION VOLUNTARIA.

#### CONCEPTO.

"Procedimientos judiciales seguidos sin oposición de partes, y en los cuáles-- la decisión que el juez profiere no causa perjuicio a persona conocida." (70)

Bajo el concepto anterior, en nuestros Tribunales de Justicia, se sigue en --- vía de jurisdicción voluntaria, el trámite a solicitudes donde de alguna manera-- se entra al campo de las relaciones existentes en el ejercicio de la patria potes-- tad, al que nos hemos referido en el marco teórico de nuestro derecho positivo y-- así tenemos algunos de los siguientes casos:

A) Confirmación judicial del ejercicio de la patria potestad a favor de algu-- nos de los ascendientes a falta de los padres naturales de los hijos sujetos a -- ella. (Artículos 412, 414 fracciones II y III, 418, 420, 426 y demás relativos -- del Código Civil y los relacionados al TITULO DECIMOQUINTO correspondiente a la - jurisdicción voluntaria en el Código de Procedimientos Civiles).

B) Excusa en el ejercicio de la patria potestad. (Artículos 448 del Código --- Civil y 938 del Código de Procedimientos Civiles).

#### C) Casos de adopción:

a.- Otorgamiento del consentimiento por parte de los padres biológicos de los-- menores a los que se pretende adoptar. (Artículos 397 fracción I del Código Civil y 924 del Código de Procedimientos Civiles).

b.- Otorgamiento del consentimiento por parte del tutor o de la persona que -- haya acogido al menor que se pretende adoptar, por más de seis meses. (Artículos-- 397 fracciones II y III y 492 del Código Civil y 924 y 939 del Código de Procedi-- mientos Civiles).

c.- Muerte de los padres adoptivos o revocación de la adopción. (Artículos 405 fracción I, 407, 408, 410, 419, 443, 447 y demás relativos del Código Civil y 93, 897, 900, 925, 926 y demás concordantes del Código de Procedimientos Civiles).

(70) Couture Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, p.50,  
Ed. Nacional, México 1984

D) Licencia para vender bienes inmuebles, muebles preciosos, acciones, etc.,-- que pertenecen a menores. (Artículos 413, 425, 430, 436 y 437 del Código Civil y 915, 916, 917, 918, 919, 920 y 921 del Código de Procedimientos Civiles).

E) Licencia judicial para que menores sujetos a la patria potestad, salgan del país. En este caso se da la suplencia judicial por ausencia de los padres. (Artículos 420 y 421 del Código Civil y 894, 895 y demás aplicables del Código de Procedimientos Civiles).

F) Depósito de menores sujetos a la patria potestad o expósitos por maltrato o por abandono. (Artículos 397, fracción III del Código Civil y 939 del Código de Procedimientos Civiles).

G) Nombramiento de tutor a menores emancipados. (Artículos 443, fracción II, 451, 641 y 643 del Código Civil y 677, 902 y demás aplicables del Código de Procedimientos Civiles).

H) Casos de Interdicción. (Artículos 449, 450, 465, 467, 470, 475, 488, 489 y demás concordantes del Código Civil y 902, 904 y 915 del Código de Procedimientos Civiles).

#### SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA JURISDICCION VOLUNTARIA Y SU FUNDAMENTO LEGAL.

1.- Los promoventes, en su calidad de solicitantes o peticionarios en ejercicio de la patria potestad que sobre sus menores hijos tienen.

2.- El Juez de lo Familiar, de acuerdo a lo establecido por los artículos 156-fracción VIII del Código de Procedimientos Civiles y 58, fracción I de la Ley --- Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común para el Distrito Federal.

3.- El Ministerio Público, en términos de las facultades otorgadas en los artículos 894, 895, 901, 902, 915, 938 y demás relativos del Código de Procedimientos Civiles.

4.- Los tutores y curadores legítimos, testamentarios o dativos en los casos -específicos, marcados en los artículos 440, 451, 454, 461, 462, 470, 471, 483, -- 495, 496, 499 y demás relativos del Código Civil y 894, 902, 906, 907, 908, 909, - 910, 920 y demás concordantes del Código de Procedimientos Civiles.

DESENVOLVIMIENTO DE LA VIA UTILIZADA.

1º En el auto admisorio, el Juez de lo Familiar que conoce del asunto promovido ante él, se tendrá por presentado a éste último y admitido a trámite el juicio en la vía propuesta, con fundamento en los artículos 893, 894, 895 y demás relativos del Código de Procedimientos Civiles.

2º En el mismo proveído se mandará dar la intervención al Ministerio Público - para que exprese lo que a su representación pudiera corresponder, con el fundamento legal invocado momentos antes.

3º También en dicho acuerdo y en términos del artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles y desprendiéndose de las actas del Registro Civil que así lo demuestren, se hará la declaración de la minoría de edad respecto de los sujetos involucrados en dicha restricción a su capacidad de ejercicio y quienes los representarán.

4º Se mandará citar formalmente a las personas que el Juez de lo Familiar considere deban conocer e imponerse de las actuaciones, para que expresen lo que a su derecho corresponda. De igual forma se mandará citar a los tutores y curadores para los efectos de la aceptación y protesta del cargo conferido y para que puedan comparecer a todas las diligencias que hagan indispensable su participación.

5º En caso de que se hay solicitado la recepción de una información testimonial o reconocimiento y validez de algún documento, se fijará fecha y hora para que tenga verificativo la audiencia correspondiente.

6º Una vez llevada acabo la diligencia a que se haga mérito, como pueden ser:

a.-) La práctica de audiencias o comparecencia personal ante la autoridad judicial;

b.-) La obtención de algún informe, estudio solicitado, o bien alguna citación ordenada;

c.-) La opinión de conformidad o inconformidad del Representante Social, del tutor o demás intervinientes.

7º El Juez tomando en cuenta el estado que guardan las actuaciones y la no ---

oposición, en su caso, del C. Agente del Ministerio Público, dictará la resolución correspondiente, debiendo seguir los lineamientos ordenados en los artículos 94, 893, 896, 897 y demás relativos del Código de Procedimientos Civiles. (71)

#### CONVERSION DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA A LA VIA CONTENCIOSA.

Tal como decíamos anteriormente, la jurisdicción voluntaria comprende los actos en que los interesados acuden a la intervención del juez, para que éste declare un hecho, teniendo como característica especial, el que no se promueva cuestión litigiosa alguna entre partes determinadas (72); sin embargo, puede suceder que en dicho trámite exista oposición de parte legítima y, en este caso, se revertirá la vía al procedimiento contencioso, de acuerdo con la naturaleza del asunto; esto es, en la vía incidental o en la ordinaria.

---

(71) En este último señalamiento, es oportuno citar lo que el maestro uruguayo Couture dice al respecto: "Las declaraciones emitidas por los jueces en los procedimientos de la jurisdicción voluntaria no hacen cosa juzgada, ni aún cuando, por haber sido objeto de recurso, hayan sido confirmadas por los jueces superiores". Y agrega: "Declarado un hecho mediante estos procedimientos se presume cierto hasta prueba en contrario; y los terceros que adquieran derechos de aquéllos en cuyo favor se ha hecho la declaración judicial, se presumen de buena fe hasta prueba en contrario".

(72) Cfr., Art. 893 del C.P.C.

## IMPUGNACIONES DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS EN JURISDICCION VOLUNTARIA.

Los artículos 898 y 899 del Código de Procedimientos Civiles, señalan que las providencias de jurisdicción voluntaria serán apelables:

1. En ambos efectos, si el apelante lo es, el promovente de las diligencias;
2. En el efecto devolutivo, si el impugnante lo fuera el recurrente que se --- hubiere impuesto al expediente, en forma voluntaria o hubiere sido citado por el juez de las actuaciones del trámite; considerando sus agravios en la oposición a la solicitud que sea la materia de la causa de la vía en jurisdicción voluntaria;
3. La sustanciación de las apelaciones en esta vía se encuadra a las reglas -- dispuestas para las sentencias interlocutorias.

## II.- ORDINARIO CIVIL.

La vía ordinaria civil la contempla el maestro Pallares en su obra básica, y la llama "jurisdicción ordinaria o contenciosa"; tiene por objeto, informar, conocer y sentenciar los juicios civiles, atendiendo las garantías de igualdad y seguridad jurídicas, comprendidas en los artículos 13, 14, 16 de la Constitución Federal de México.

De manera general, la vía ordinaria se plantea ante los Tribunales de la República, en asuntos relacionados con la necesidad de determinar, por parte del órgano jurisdiccional, las cuestiones que se refieren, entre otros, el ejercicio de la patria potestad, que los contendientes tienen sobre sus menores hijos involucrados en forma por demás indirecta a tales problemas y que hacen necesario que se decida por una tercera persona; así tenemos este juicio en los siguientes ejemplos:

A) DIVORCIO NECESARIO.- En este juicio la prestación principal que demanda la parte actora, es la disolución del vínculo matrimonial y de igual forma reclama como acción autónoma, la pérdida, suspensión o restricción del ejercicio de la patria potestad que al igual que ella su contraparte tiene sobre los hijos del --- matrimonio.

B) NULIDAD DE MATRIMONIO.- En el juicio de nulidad de matrimonio se observa en la mayoría de los casos planteados, que independientemente que sea declarado nulo el matrimonio celebrado en cualquiera de los supuestos previstos en los artículos 153, 248 y demás relativos del Código Civil o bien la declaración de buena fe de uno de los cónyuges o de los dos al contraer matrimonio, según sea el caso, el juez enfrenta la situación inminente de determinar la guarda y custodia de los hijos procreados, con alguno de los progenitores. Asimismo, al igual que en el divorcio necesario, si una de las partes en vía de acción o de excepción o de reconvención, reclama la pérdida, suspensión o restricción de la patria potestad sobre los hijos, aunque este sea declarado nulo, el juez considerando tal pretensión, resolverá sobre su procedencia o su no procedencia.

C) PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.- Este juicio se inicia haciendo valer la acción directa que uno de los cónyuges demanda en contra del otro, cuando éste último se encuentra en cualquiera de los supuestos de las fracciones contenidas en el artículo 444 del Código Civil.

#### SUSTANCIACION PROCESAL DEL JUICIO ORDINARIO CIVIL.

De los tres tipos de juicio citados, se tramitan en la vía ordinaria civil, siguiendo las reglas contenidas para tal efecto en el Código de Procedimientos Civiles en vigor en el Distrito Federal, reconociendo, desde luego, mi bisoñez en la materia procesal; el desenvolvimiento procesal se presenta en las siguientes etapas:

##### PRIMERA ETAPA.- FORMACION DE LA LITIS O DE DEBATE.

Esta etapa se integra con la demanda y la contestación de ésta, básicamente, pudiendo haber en forma eventual, reconvención y contestación a la misma. Los artículos que invoca el actor para la procedencia procesal de la pretensión, son: 255, 256, 259 y demás concordantes del Código de Procedimientos Civiles. La parte contraria formulará su contestación dentro del término legal concedido para ello, y dentro de los supuestos de los artículos 260, 261 y demás relativos del mismo Ordenamiento legal invocado.

##### SEGUNDA ETAPA.- AUDIENCIA PREVIA Y DE CONCILIACION Y EXAMEN A LAS CUESTIONES RELATIVAS A LA LEGITIMACION PROCESAL DE LAS PARTES, ASI COMO DE LA EXCEPCIONES INTERPUESTAS.

Dicha etapa y con las reformas sufridas por la Ley Procesal de la materia, se encuentra contemplada en el artículo 272-A, de la mencionada Ley. En esta etapa - procedimental, consideró oportuna y valiosa la intervención del Secretario Conciliador del Juzgado respectivo, en cuanto a lo que hace a su función de que median te la conciliación trate de evitar el choque de intereses personales de los padres pero sobre todo hay que destacar su misión de tratar de prevenir problemas agudos para los hijos, buscando algunas opciones que den tranquilidad a los menores, asegurando el derecho absoluto que tienen los padres de seguir conviviendo con sus hijos. Por lo que, en cuanto a lo que a nuestro estudio concierne, esta etapa de autocomposición o de conciliación (73) me parece una buena medida que pueda favorecer a la ya de por sí afectada tranquilidad de los menores hijos involucrados - en los problemas de los padres.

#### TERCERA ETAPA.- DE INSTRUCCION.

Esta se identifica con la etapa de pruebas que se relacionan con los hechos -- que conforman la litis. A su vez, tiene tres fases que agotan de la siguiente --- manera: ofrecimiento, admisión y desahogo de las pruebas ofrecidas. El estado o - medio probatorio descansa en el fundamento legal otorgado por los artículos 277,- 278, 279, 281, 283, 284 y demás aplicables del Código de Procedimientos Civiles.

#### CUARTA ETAPA.- DE LA RESOLUCION.

Agotados los presupuestos legales del procedimiento, las actuaciones del juicio relativo pasan a la vista del juez del conocimiento para que, valorando las - pruebas ofrecidas, la legitimación de las partes acreditadas con los atestados -- del Registro Civil inherentes a comprobar su calidad de ascendientes y descendientes y como sujetos activos y pasivos de la patria potestad, en términos de los -- artículos 39 y 50 del Código Civil y 327, fracción IV del Código de Procedimientos Civiles. Una vez hecho lo anterior, el juzgador atendiendo a las reglas de la lógica jurídica y de la experiencia (\*), tal como lo ordena el artículo 402 del -

---

(73) Cfr. Alcáza Zamora Y Castillo Niceto, Proceso, Autocomposición y Autodefensa p. 75 y ss., Textos Universitarios, U.N.A.M. México 1970

(\*) Al respecto y al fundar su sentencia el juez del conocimiento en las reglas - de la experiencia; comprendo, que deberá estarse a lo resuelto por nuestro --

Código de Procedimientos Civiles y con las facultades concedidas al juzgador en los artículos 259 (para el caso de la nulidad de matrimonio), 283 y 284 del Código Civil, dicta resolución definitiva.

### III.- EL CASO ATIPICO DEL DIVORCIO VOLUNTARIO.

Lo llamamos de esta manera, en virtud de la reglamentación tan sui generis contemplada en el Código de Procedimientos Civiles. En efecto, dicho trámite de solicitud del divorcio presentada por los cónyuges, aparece a nuestra vista como una especie de jurisdicción voluntaria; sin embargo, la intervención del Ministerio Público como representante de los hijos menores, así como los términos señalados para que opere la preclusión de la solicitud, según el artículo 679 del Código Procesal invocado, y la ejecutorización de la sentencia que se pronuncie al respecto, hace que lleguemos a considerar al divorcio voluntario en una vía especial comprendida en los artículos del 674 al 682 de la Ley precitada.

Así, en el juicio aludido, observamos con respecto a nuestro tema, que los divorciantes al presentar al juez de lo familiar su solicitud para obtener su divorcio, acompañan a la misma, un convenio donde en alguna de las cláusulas que lo componen acuerdan la situación de los hijos menores de edad no emancipados en relación a su guarda y custodia, la manera de ministrarles los alimentos indispensables, así como también el derecho que tiene el cónyuge que no se queda con la custodia de los hijos, para visitarlos y sacarlos a pasear y en general el derecho de convivencia que tiene sobre ellos.

### IV.- CONTROVERSIA DEL ORDEN FAMILIAR.

El TITULO DECIMOSEXTO, CAPITULO UNICO del Código de Procedimientos Civiles, -- prevee el trámite para la solución de los litigios presentados como controversia del orden familiar; es decir, bajo esa vía especial, se conocen de los asuntos -- que según el artículo 940 de la mencionada Ley afectan a la familia, por considerar a ésta de orden público; y por lo tanto, el juez de lo familiar de manera inmediata y aún de oficio, está facultado para intervenir en asuntos que afectan a la familia, con respecto a menores y de alimentos. En el renglón de menores, dice

(\*) más alto Tribunal Federal, en casos que han sentado jurisprudencia; y que la Ley de Amparo en sus artículos 192 y 193 obligan al juez natural a su aplicación.

el artículo 942 de la misma ley en su parte conducente: " No se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la de claración, preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo...o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes, EDUCACION DE HIJOS..."

Según la naturaleza del procedimiento, bien se podría equiparar a un procedimiento sumario, en donde en la sustanciación de las fases procesales son manejadas de manera pronta y concisa. Se observa que junto con la demanda, así como en su contestación, se acompañan las pruebas que se relacionan con los hechos que forman parte de la litis, fijando el juzgado a la brevedad posible, una audiencia donde habrán de desahogarse las pruebas ofrecidas por las partes; concluida la fase de instrucción, el juez que conoce del asunto, citará a las partes para oír la sentencia correspondiente, la que según el artículo 949 del Código de Procedimientos Civiles, deberá pronunciarse de manera breve y concisa. La impugnación de las resoluciones dictadas en la vía del orden familiar especial, seguirán, por lo toca a los recursos, las disposiciones generales del Código de Procedimientos Civiles comprendidas en los artículos 683, 684, 685, 688, 689, 691, 693, 694, 700 950, 951, 952 y demás concordantes del Ordenamiento antes señalado.

En la práctica forense que se lleva en los juzgados familiares hemos observado que bajo el título en estudio, se tramitan cierta clase de incidentes que de alguna manera tienen relación con el ejercicio de la patria potestad; suele verse, -- por ejemplo, como un progenitor demanda del otro, en la vía incidental, la regula ción en el ejercicio de la patria potestad, siendo el caso específico, verbigracia: la situación de un juicio especial de alimentos de donde se desprende que -- uno de los consortes demanda a su pareja, el derecho de convivencia y disfrute de la compañía de sus hijos por no tener la guardia y custodia de ellos. Normalmente se presentan casos en que personas que cohabitan o cohabitaron en unión libre no ha quedado bien determinada su posición con respecto a sus hijos y tienen que acu dir a los juzgados de lo familiar para que se les conceda el derecho que tienen -- sobre su prole.

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

1.- En relación al concepto de patria potestad propuesto por mí, tomé en cuenta el equilibrio cualitativo de los elementos que componen tal definición, ya que una noción cuantitativa se reduciría a enumerar la gama de derechos y obligaciones que corresponden a padres e hijos y no destacaría la esencia de lo que debe la institución patria potestad.

2.- En mi opinión, es inobjetable la gran ayuda que proporciona la Antropología a la patria potestad, ya que por medio de ella, se explica científicamente las relaciones entre padres e hijos, no sólo desde el sencillo punto de vista biológico, sino hasta el complejo estado cultural que las personas adquieren en las diversas etapas de su vida.

3.- Al ocuparnos del enfoque sociológico del tema en estudio, se tuvo como fin comprenderlo tal y como lo concibió Tönnies en su momento; esto es, que la familia es la primera comunidad producto de la naturaleza; en otras palabras, que -- la familia es el grupo social definido formado por una pareja humana y su des -- cendencia. Aquí la Sociología detecta los importantísimos papeles que desempeñan cada miembro del núcleo familiar.

4.- Dentro de la corriente sociológica y junto a la familia, destacamos la intervención del Estado, como un elemento también natural, que atiende al bien común, cumpliendo la misión de promover a instituciones que favorezcan el desarrollo de los hombres, a través de la familia debidamente integrada, como base primaria y fundamental en la sociedad donde se desenvuelven como grupo social potencialmente valioso en la estructura socioeconómica y política de un país.

5.- La intervención del Estado en la esfera jurídica de la patria potestad, es entendida como una función que tiene el poder público de otorgar el reconocimiento a las relaciones que por dicho motivo tienen los padres respecto de sus hijos. A través de las instituciones del Estado se garantiza y protegen los derechos -- que le corresponden a cada uno de los menores, observándose de igual manera una misión de auxilio que les brindan dándoles acceso a los medios educativos y de salud, permitiéndoles así a los progenitores completar la formación de sus descendientes.

6.- Mediante la relación filial se identifican a los ascendientes y descendientes como sujetos activos y pasivos, respectivamente, de la patria potestad. ---- Asimismo, en forma excepcional y a través de un acto jurídico formal afectivo se adquiere tal facultad entre adoptantes y adoptados.

7.- En cuanto a la sustitución de la patria potestad que en determinado momento llevan a cabo los ascendientes de ulterior grado por la falta o impedimento de los padres biológicos de los menores, deberá calificar el juez a quiénes va a otorgar ese derecho para continuar en el desempeño de tal función, tomando en cuenta circunstancias físicas, mentales, sociales, económicas, opinión personal de los descendientes, etc., dando como resultado la alternativa de una tutela legítima o bien de una curatela de la misma especie.

8.- Apoyándonos en los lineamientos del derecho natural, se observa que los hijos que padecen una incapacidad mental permanente, aún cuando alcancen la mayoría de edad, jamás salen de la sujeción del ejercicio de la patria potestad que tienen sus padres sobre ellos.

9.- En cuanto al contenido de la patria potestad esta se manifiesta en un doble aspecto, uno personal y otro de tipo patrimonial. En el primero se contempla a su vez, dos asistencias fundamentales: la protectiva que se presenta como un impulso natural a cumplir; y, la formativa, con toda la tendencia de una finalidad netamente social. El aspecto patrimonial se refiere a los bienes que tienen o que pudieran llegar a adquirir los hijos sujetos al ejercicio de la patria potestad.

10.- Ante el contexto socioeconómico político actual, la finalidad de la patria potestad suele darse como una verdadera función social que permita a los padres formar en sus hijos a las futuras líneas generacionales potencialmente valiosas para el país; para este fin deberán los padres y el Estado mismo, buscar un equilibrio en las soluciones a las diversas necesidades que enfrentan ascendientes y descendientes, siendo necesario la recuperación de la escala de valores tradicionales, que son las mejores vías para la comprensión afectiva entre padres e hijos.

11.- Creemos necesario aclarar el supuesto normativo contenido en el artículo -- 471 del Código Civil, que dice: "El nombramiento de tutor testamentario, hecho - en términos del artículo anterior, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulterior grado". La irrenunciabilidad a tal facultad no es - operante a menos que se contemple por excepción, lo que la Ley civil permite, la excusa; es decir, procedería tal extremo jurídico, en caso de que no existiera - quién ejerza la patria potestad.

12.- Resulta oportuno señalar las graves deficiencias predominantes entre los -- jueces familiares, respecto a la falta de atención que se da a la representación de los menores por parte de los tutores nombrados para tal efecto, al descuidar- el nombramiento de curadores, que son los encargados de cuidar de los actos con- sentidos por aquéllos. Definitivamente y salvo sus excepciones, los tutores --- dativos solamente aceptan y protestan el cargo, pero sin cumplirlo debidamente.

13.- En relación a la transmisión de la patria potestad que otorgan los padres - al dar a sus hijos en adopción a otras personas, concluimos que en casos de cir- cunstancias sobrevenientes - muerte de los padres adoptivos, revocación de la -- adopción, etc., - la patria potestad otorgada en esas condiciones, puede ser --- recuperada por quienes dieron su consentimiento o por los ascendientes respecti- vos.

14.- En cuanto a la pérdida de la patria potestad prevista en las cuatro fraccio- nes del artículo 444 del Código Civil, nos parece necesario manifestar nuestro - desacuerdo con el segundo párrafo de la fracción I y nuestra desaprobación por - la falta de interés del juzgador, en desatender el espíritu de ley respecto de - las facultades que otorga el artículo 283 de la misma Ley.

15.- Por último, es totalmente inexacta la ley sustantiva penal en su artículo - 295, al decir que podrá el juez penal imponer a los padres, aparte de la pena -- corporal correspondiente a las lesiones, la suspensión o privación en el ejerci- cio de los derechos inherentes a la patria potestad, ya que dicho órgano jurís- diccional es incompetente para dictar tal resolución, en razón de la materia.

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

- 1.- Aguilar Carbajal Leopoldo, Segundo Curso de Derecho Civil, Ed. Porrúa, S.A., México, 1980.
- 2.- Alcalá Zamora y Castillo Niceto, Proceso, Autocomposición y Autodefensa, Textos Universitarios, U.N.A.M., 1984.
- 3.- Alvarez José María, Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias, U.N.A.M., 1984.
- 4.- Bonnacasse Julien, La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho Civil, Ed. Cájica, Pue. México, 1948.
- 5.- Bravo González Raúl, Primer Curso de Derecho Romano, Ed. Pax, México, 1979.
- 6.- Buckharin y Preobrayensky, A,B,C. del Comunismo, Cuadernos de Trabajo, Fac. Ciencias Políticas, U.N.A.M., 1972.
- 7.- Castán Vázquez José María, La Patria Potestad, Revista de derecho privado, Madrid, 1954.
- 8.- Cicerón, Discursos, Ed. Cumbre, México, 1981.
- 9.- Cicu Antonio, Derecho de familia, Ed. Kraft, Buenos Aires, 1967.
- 10.- Colln y Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo II, Vol. 1, Ed. Reus, Madrid.
- 11.- Couture Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ed. Nacional, México 1984.
- 12.- De Pina Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1972.
- 13.- Engels Federico, El origen de la familia, La Propiedad Privada y el Estado, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- 14.- Ennecceros Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff, Código Civil Alemán, Ed. Bosch, Barcelona, 1955.
- 15.- Floris Margadant S. Guillermo, Derecho Romano, Ed. Esfinge, México, 1978.
- 16.- Freud Sigmund, El Psicoanálisis, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, México, 1965.
- 17.- Fustel D'Outanges, La Ciudad Antigua, Ed. Plus Ultra, Madrid, 1921.
- 18.- Galindo Garfias Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso, Ed. Porrúa, México, 1982.
- 19.- García Maynes Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, México, 1978.
- 20.- Gómez Granillo Misisés, Breve Historia de las Doctrinas Económicas, Ed. Esfinge, México, 1977.
- 21.- González Blanco Alberto, Delitos Sexuales, Ed. Porrúa, México, 1979.
- 22.- Hobbes Tomás, El Contrato Social, Fondo de Cultura Económica, México, 1982.
- 23.- Ibarrola Antonio, Cosas y Sucesiones, Ed. Porrúa, México, 1981.
- 24.- Kipp y Wolf, Derecho de familia, Ed. Bosch, Barcelona, 1948.
- 25.- Levi Strauss, Las Estructuras Elementales del Parentesco, Ed. Pardo, Argentina, 1969.
- 26.- Montero Duhalit Sara, Derecho de familia, Ed. Porrúa, México, 1985.
- 27.- Petit Eugenio, Derecho Romano, Ed. Epoca, Madrid, 1942.
- 28.- Planiel Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil, Ed. Cájica, Pue. México, 1981.
- 29.- Preciado Hernández Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, Eds. Universitarias, México, 1987.

- 30.- Puig Peña, Instituciones de Derecho Civil Español, Tomo II, Ed. Pueyo, Madrid, 1930.
- 31.- Ralph L. Beals, Harry Holser, Introducción a la Antropología, Aguilar Eds, Madrid, 1978.
- 32.- Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Ed. Porrúa, México 1978.
- 33.- " " " Compendio de Derecho Civil, Ed. Porrúa, México 1978.
- 34.- Ruiz Lugo Rogelio A., Práctica Forense en Materia de Alimentos, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1986.
- 35.- Sánchez Azcona Jorge, La Sociedad y la Familia, Cuadernos de Joaquín Mortiz, México 1987.
- 36.- Santo Tomás, Sumas Teológicas, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, México 1976.
- 37.- Serra Rojas Andrés, Ciencia Política, Edit. Porrúa, México 1978.
- 38.- Soto Gordoa Ignacio, Introducción al Estudio del Derecho Civil, Edit. Porrúa, México 1967.
- 39.- Tönnies Ferdinand, Principios de Sociología.

#### ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS.

- 1.- Enciclopedia Britanica (BARSA), México, Panamá, Rio de Janeiro, Buenos Aires, Caracas, 1987.
- 2.- Enciclopedia Jurídica Omba, Arg. 1976.
- 3.- La Sagrada Biblia, Antiguo Testamento, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1960.
- 4.- Diccionario de Derecho, Rafael de Pina, Ed. Porrúa 1987.
- 5.- Pequeño Larousse Ilustrado, México 1987.
- 6.- Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, Tercera Sala, 1917-1985.
- 7.- 65 Años de Jurisprudencia Mexicana, Lic. Salvador Castro Zavaleta, Ed. Per Se y Cárdenas Editor y Distribuidor, de los años comprendidos en la época de 1917/1985, con apéndices a los años 1982 y 1983.

#### CODIGOS Y LEYES.

- Código Civil para el D.F.
- Código de Procedimientos Civiles para el D.F.
- Código Federal de Procedimientos Civiles.
- Código Penal para el D.F.
- Código de Procedimientos Penales para el D.F.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Código de Comercio.
- Ley Federal del Trabajo.
- Ley de Armas.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley General de Población.