



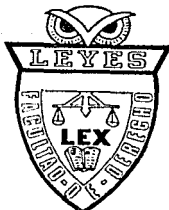
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

748
2es

**"OMISION LEGISLATIVA DE LOS ASPECTOS
PRACTICOS QUE SURGEN CON EL EJERCICIO
DE LA PATRIA POTESTAD"**

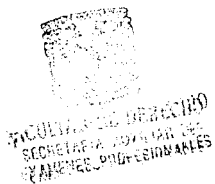
T E S I S
QUE PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
BEATRIZ PEREZ MEDINA



MEXICO, D. F.

1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN





Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

INDICE

INTRODUCCION	1
---------------------	----------

CAPITULO I

"LA PATRIA POTESTAD"

GENERALIDADES	2
EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD	2
EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO	4
EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO GERMANICO	5
EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO FRANCES	14
EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL	17
EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO	20
EPOCA PRECORTESIANA	20
EPOCA COLONIAL	26
EPOCA INDEPENDIENTE HASTA LA LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917	31

CAPITULO II

"LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRA LEGISLACION VIGENTE"

CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD	34
NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD	37
CARACTERES DE LA PATRIA POTESTAD	41
SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD	46
SUJETOS ACTIVOS DE LA PATRIA POTESTAD	46
SUJETOS PASIVOS DE LA PATRIA POTESTAD	49
EXTINCION PERDIDA Y SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD	50
EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD	50
PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD	52
SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD	61
CONFIGURACION DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO VIGENTE	63

CAPITULO III

"DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE SURGEN EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD"

EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD	65
EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LA PERSONA DE LOS MENORES	65
LA REPRESENTACION LEGAL DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD	67
DESIGNACION DE DOMICILIO DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD	69
ASISTENCIA DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD	70
A) ALIMENTOS	70
B) EDUCACION	74
C) VIGILANCIA	76
CORRECCION DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD	76
A) MEDIOS DIRECTOS DE CORRECCION	77
B) MEDIOS INDIRECTOS DE CORRECCION	80
GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD	82
A) GUARDA Y CUSTODIA DE HIJOS MATRIMONIALES Y EXTRAMATRIMONIALES	84
B) PARA LOS CASOS DE NULIDAD DE MATRIMONIO	85
C) PARA LOS CASOS DE DIVORCIO VOLUNTARIO	86
D) PARA LOS CASOS DE DIVORCIO NECESARIO	88
EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO A LOS BIENES	92
ADMINISTRACION DE LOS BIENES DE LOS SUJETOS A PATRIA POTESTAD	92
USUFRUCTO LEGAL DE LOS BIENES DE LOS SUJETOS A PATRIA POTESTAD	95

CAPITULO IV

"OMISION LEGISLATIVA DE LOS ASPECTOS PRACTICOS QUE SURGEN CON EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD"

EL DERECHO DE VISITA DEL MENOR DERIVADO DE LA CUSTODIA	100
CONCEPTO DE DERECHO DE VISITA	101
FIJACION AL REGIMEN DE VISITA	103
LIMITES AL REGIMEN DE VISITA	107
NECESIDAD DE LA REGULACION LEGAL DEL DERECHO DE VISITA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO	109
CONCLUSIONES	115
BIBLIOGRAFIA	118

INTRODUCCION

La patria potestad, por razón natural y por ser una consecuencia de la filiación, se entiende como un conjunto de derechos y deberes que corresponde desempeñar en primer lugar a los progenitores, y solo a falta de éstos a los ascendientes paternos y/o maternos según las circunstancias del caso particular.

El menor como ser humano, aprende a vivir en el seno de una familia, en ella, además de encontrar la satisfacción de sus necesidades de abrigo y alimentación encuentra respuestas, valores y metas. Su aprendizaje no solo deviene de su experiencia personal, sino también de la identificación con sus padres, al actuar desde el principio, como influjos modeladores de su carácter y personalidad; es mediante el ejercicio de la guarda o custodia que los padres le proporcionan los elementos necesarios para su pleno bienestar físico, otorgándole los medios recreativos propios de su edad velando por su superación técnica, científica y cultural y, en concreto, preparándolo para su futura vida en sociedad.

No obstante, existen situaciones jurídicas especiales por las cuales solo uno de los padres detenta o ejerce este derecho-deber, lo que ocasiona para el otro, el de tener contacto con el menor o menores hijos a través del derecho de visita, limitándolo en el cuidado y vigilancia de su desarrollo intelectual y moral.

Es precisamente el motivo del presente trabajo, el análisis y breve estudio de este derecho de visita, así como la necesidad de incluir su regulación legal en Nuestro Derecho Positivo, adecuándolo en la medida de lo posible a la realidad social y jurídica del país, por que así prácticamente se evitarán las disputas y conflictos que con frecuencia se presentan en la realidad social, donde a los niños se les considera simples objetos.

Por tal motivo, y pretendiendo que la reglamentación dedicada al menor sea cada vez más íntegra, que revista los caracteres de solidez, eficacia y seguridad que estos requieren, también proponemos algunas medidas que puedan servir de pauta para la futura modificación o reforma a nuestra legislación mexicana

CAPITULO I

LA PATRIA POTESTAD.

GENERALIDADES.

El derecho como manifestación social está profundamente ligado al proceso histórico. Por ello, a diferencia de lo que acontece con las ciencias exactas, los caracteres de una determinada institución de Derecho no son inmutables, por lo que al referirnos a la patria potestad objeto de nuestro estudio y enunciar sus fundamentos y naturaleza jurídica estaremos describiendo a la institución tal y como se encuentra conformada aquí y ahora, es decir, en nuestro país y en la época actual.

Sin embargo, y como una afirmación a la diversidad de valores que conforman todo el sistema jurídico y en consecuencia, la patria potestad, es necesario hacer una referencia histórica.

EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD.

A pesar de lo interesante que puede resultar la organización del estado familiar desde la antigüedad y antes de adentrarnos al estudio de esta institución en el Derecho Romano, nos limitaremos a hacer una breve reseña, en atención a la índole del tema a tratar, siguiendo lo expuesto por la Profesora Lilian Nora ¹ tenemos que:

En oriente.- La familia presentaba caracteres dispares con respecto a la familia occidental.

India.- Era el padre el jefe de la familia, la madre gobernaba a las mujeres del grupo y era común el matrimonio entre menores.

Egipto - Existía amplia libertad sexual, el matrimonio entre hermanos era permitido, al menos en la familia real.

¹Carpintel de Wendy, Dra. Lilian Nora, Patria Potestad, Enciclopedia Jurídica Omeba, T.XXI, Bibliográfica Argentina, pág.792 y sigs.

Los Arabes preconizaban la poligamia y el patriarcado encontrándose la mujer en una situación inferior.

China.- Se admitía el concubinato, siendo fuerte la posición del padre.

Grecia.- La organización familiar variaba, según se tratase de una sociedad agrícola, pastoril o comercial. En el primer caso, la familia se organizaba en torno a un jefe con poder absoluto; en el segundo estaba dispersa y sus miembros adquirían independencia y personalidad.

Existía además, el epiclerato que fue una institución característica, propia también entre los judíos, los hijos que debían heredar al padre, para gozar de este derecho y poder transmitirlo a sus descendientes, debían casarse con la persona indicada por la Ley, que era siempre un pariente. La patria potestad era temporal y relativa. La tutela se ejercía sobre impúberes y mujeres. La adopción aunque permitida, no tenía lugar si existían hijos legítimos. Era reconocida la igualdad de la mujer en el hogar. Los hebreos admitían la poligamia, pero auspiciaban el matrimonio monogámico.

Por otra parte, el Cristianismo al postular el matrimonio sacramento, trajo como consecuencia indisolubilidad del vínculo, elevación de la condición de la mujer, suavidad en el concepto de la patria potestad, que se inclina ya hacia la noción del deber.

Con el pueblo hebreo, afirma Castán Vázquez,² se advierte una amplitud de poderes y se señala que "el padre antes de la aparición de la Ley mosaica, era al mismo tiempo magistrado, sacerdote y señor de vida y haciendas de sus hijos, con poder absoluto y omnimodo que se suaviza posteriormente mediante leyes que limitaron el ajusticiamiento del hijo por el consentimiento requerido a la madre, así como la venta, que en el caso de la hija, solamente se autorizaba si era menor de doce años".

En estas condiciones, si bien para algunos autores los orígenes de la patria potestad permanecen todavía inciertos, podríamos decir sin temor a equivocarnos, que es en Roma donde realmente existió la patria potestad consistente en una efectiva potestas o poder sobre los hijos y sus descendientes, constituyendo un verdadero derecho de propiedad sobre ellos.

²Castán, Vázquez José María, La Llamada Patria Potestad de Hecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. Revista de Derecho Privado, pág.18-20.

EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.

Efectivamente, la evolución de la patria potestad en el Derecho Romano presenta dos concepciones opuestas a la misma, tal y como lo señala Juan Arias Ramos en su obra Derecho Romano, en virtud que la "patria potestad comienza como un poder despótico concebido en provecho del que la ejerce y termina considerándose como una autoridad tutiva, destinada a beneficiar con su protección a los sometidos a ella".³ Más la transformación es lenta.

Varias son las acepciones que se dan al término familia. Adoptando la definición de Ulpiano, citado por Pietro Bonfante tenemos que: "La familia romana en sentido propio, es un grupo de personas unidas entre sí pura y simplemente por la autoridad que una de ellas ejerce sobre las demás para fines que trascienden del orden doméstico"⁴

Asimismo, Bonfante consideró que la familia romana se nos revela como nacida para fines de orden y de defensa social, o sea, como un organismo político, y en un sentido más lato, la familia significó también el conjunto de todos aquellos individuos que estarían sujetos a las misma autoridad si el común paterfamilias no hubiere muerto.

Esto es, la familia en Roma estaba organizada como una agrupación monogámica patriarcal, cuyo papel principal pertenecía al paterfamilias, quien tenía el señorío en su casa, designado con este nombre aún cuando no tenía hijos, pues el término no era solo de relación personal sino de posición de derecho, podía ser titular de un patrimonio y tenía o podía tener otras personas bajo su potestad, en su domus (casa) era dueño absoluto de sus actos, era el soberano que impartía justicia a los suyos y el sacerdote que ofrecía los sacrificios a sus antepasados.

El conjunto de los poderes del paterfamilias llamábase, manus en la edad antigua, y más tarde en el uso corriente, potestas. Sin embargo, desde tiempos muy remotos los dos aspectos esencialmente diversos se designaron de un modo específico. Es la Profesora Sara Bialostowsky,⁵ quien nos da a conocer tales poderes según a quien se dirigían: para los hijos y nietos (filifamilias) se denominaba patria potestas; para la esposa

³Arias, Ramos Juan, Derecho Romano, Revista de Derecho Privado II y III, 6a. edición, Madrid, pág.868-869.

⁴Bonfante Pietro, Instituciones de Derecho Romano, Traducción de la 8a. edición italiana. Publicaciones del Instituto Cristóforo Colombo, Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A. Madrid, pág. 143-144.

⁵Bialostowsky, Sara, Panorama de Derecho Romano, 2a. edición, Imprenta Universitaria, Facultad de Derecho U.N.A.M., México 1985, pág.76.

(filiafamilias) y nuera, llamábase manus; para las personas libres y cosas-mancipium; para los esclavos-dominica potestas; y finalmente para los libertos-iura patronatus.

No obstante, estos poderes, puede afirmarse que no se llegó a abusar de los mismos, y se considera que tal cosa obedeció a la circunstancia de que el pueblo romano tenía un gran concepto de Justicia.

La organización familiar que tenía por base la preeminencia del padre y donde la madre no jugaba ningún papel, se dio en los orígenes de Roma, quedando intacta durante varios siglos y modificándose lenta y principalmente en el Bajo Imperio, donde la autoridad del jefe llegó a ser menos absoluta.

El paterfamilias y las personas bajo su imperio estaban unidas por el parentesco agnatio, subsistiendo este lazo aún con la muerte del jefe; esta institución se denominó familia civil.

Es el Profesor Agustín Bravo Valdés,⁶ quien señala que la familia en Roma se organizaba a través de la cognatio, parentesco que unía a las personas descendientes unas de otras en línea recta o de un autor común, sin distinción de sexo; resultado de la naturaleza y en nuestro sistema actual, suficiente para configurar la familia. No obstante en el Derecho Romano para integrar la familia civil era necesario el título de agnado. De modo y para distinguir diremos que la familia civil era compuesta por los agnados, y la familia natural por los cognados.

La familia agnaticia comprendía: a) Las que están bajo la autoridad paternal; b) Los que se encuentran in manus. La agnación existe entre el padre y los hijos e hijas nacidos de una unión o matrimonio legítimo o introducidos en la familia por adopción. Si los hijos se casan y tienen descendencia estos además de ser agnados entre ellos lo son de su padre y de su abuelo paterno, c) Los que hayan estado bajo la autoridad del jefe y aún permanecerían en esa situación si aquel viviera, d) Los que nunca estuvieron bajo la autoridad del pater pero lo hubiesen estado si él viviera.⁷

La agnación podía desenvolverse hasta el infinito, y sólo se transmitía por vía de varones. por ejemplo (cuando un jefe de familia que tenía un hijo y una hija, los descendientes del hijo estaban agnados con el paterfamilias, pero los de la hija quedaban sometidos al marido), toda vez que la agnación por vía de mujeres no era permitida.

⁶Bravo, González Agustín y Bravo Valdés Beatriz. Primer Curso de Derecho Romano. 14a. edición, Pax, México 1989, pág. 72-76.

⁷Ibidem, pág. 78.

Tal concepción de la familia a nuestro parecer fue arbitraria, porque solo concedía prerrogativas importantes en materia de tutela, curatela y derechos sucesorios a éstos, más no a los cognados, sin embargo lentamente se reaccionó contra la misma, siendo el Pretor quien primero concedió algunos de estos derechos a los cognados

Las personas que integraban la familia romana podían ser divididas en dos clases: *alieni iuris* o *sui iuris*. Se llama "*alieni iuris*" los individuos sometidos a la autoridad de otro, y a las personas libres de toda autoridad dependientes solo de ellas mismas, se llaman *sui iuris*".⁸

De tal forma concluimos que la patria potestad pertenecía al jefe de familia sobre los descendientes que la conformaban, además que este derecho de potestas que tenía sobre los hijos era propio de los ciudadanos romanos, y por lo tanto solo podía ejercerla un ciudadano romano sobre otro ciudadano romano.

En tal virtud, podemos resumir esta potestad en tres proposiciones:

1.- La ejerce el jefe de familia. Es privativa del hombre, la mujer no puede ejercerla y versa sobre todos los descendientes, cualquiera que sea su edad o condición, solo escapaban a ella las vestales y los sacerdotes *fémínes de Júpiter*.

2.- Los hijos de familia son incapaces como los esclavos de tener patrimonio, todo lo que ellos obtienen es adquirido por el paterfamilias (*peculios*). Sin embargo, tienen el derecho de copropiedad latente sobre ese patrimonio común, que a la muerte del jefe es recogido por los herederos *sui*.

3.- La persona física de los sujetos a esta potestad, está a la disposición absoluta del pater, quien los puede castigar (*ius noxae dandi*), emplear en distintos trabajos, venderlos como a un esclavo (*ius vendendi*), aunque si lo hace dentro de Roma, no se hará esclavo sino persona in *mancipio*, e incluso oyendo a una junta de parientes darles muerte (*ius vitae necesque*).⁹

Así encontramos que fuera de estas relaciones, el hijo se encontraba en situación de esclavo o tal vez superior, ya que gozaba de derechos civiles, podía celebrar actos jurídicos y se obligaba tanto en sus contratos como en sus delitos. En cambio, la hija de

⁸Bialostowsky, Op.Cit.p4g.79

⁹Bravo González, Op.Cit.p4g.82.

familia quedaba privada por mucho tiempo de obligarse civilmente por un contrato. Además que la autoridad paterna no surtía efectos sobre la condición social del hijo, toda vez que disfrutaba de los derechos políticos y podía ocupar cargos públicos.

Como esta potestad estaba organizada en interés del padre, no podía pertenecer a ninguna mujer, ni a la madre, ni a ningún varón ascendiente de la madre, de aquí que el varón que tuviere varios ascendientes varones en la línea paterna estaba bajo la potestad del más lejano, abuelo, bisabuelo, etc.

Las fuentes de la patria potestad para Eugene Petit¹⁰ eran:

A) Las *iustae nuptiae*.- Era la unión legítima realizada de acuerdo con las normas del Derecho Civil. En la sociedad primitiva romana el interés religioso y político hacía necesaria la continuación de cada familia o gens, por el bien de los hijos, por ello se consideraba tan importante el matrimonio legítimo cuyo objeto principal era la procreación.

La esposa gozaba, por el hecho de serlo, de especial consideración y participaba del rango social y de los honores tributados al marido; la unión de los esposos era más estrecha se iba acompañada de las *manus*, esto es, la mujer entraba a formar parte de la familia del marido quien tenía autoridad sobre ella, semejante a la del padre con respecto a un hijo, salía de la potestad de su padre (si era *alieni iuris*), o perdía su calidad de *sui iuris* (si la tenía).

Los hijos nacidos bajo este régimen eran legítimos. Estaban bajo la autoridad del padre o abuelo paterno si aquel era *alieni iuris*, formando parte de la familia civil del padre a título de agnado, tomando además su nombre y condición social. En cambio, entre la madre y los hijos el lazo de parentesco era natural.

B) La adopción.- Era una institución del derecho civil, a través de la cual un *filiusfamilias* (adoptado) salía de la potestad paterna de su padre para entrar a la de otro *paterfamilias* (adoptante), tenía como efecto establecer entre dos personas relaciones análogas a las que creaban las *iustae nuptiae*, cuyo objeto era la perpetuidad de la familia.

Existían 2 clases: 1.- La Adrogación. Por la adrogación un *paterfamilias* se sujetaba a la potestad paterna de otro *paterfamilias*. El adrogado atraía a la familia del adrogante y a su patrimonio. Debido a que implicaba la desaparición no solo de una familia o de un patrimonio, sino también de un culto lo que traía implicaciones de orden

¹⁰Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editora Nacional, México 1980, pág. 101-102.

público, su realización tomaba el carácter de un acto legislativo y debía solicitarse mediante una rogatio.

Además señala el autor en cita, que no podían ser adrogadas ni las mujeres ni los impúberes. Es con Antonino Pio que se permitió la adrogación de impúberes y con Justiniano la de mujeres. A partir de esta época perdió su función original y se realizó para crear un vínculo ficticio de parentela y permitir tener derechos sucesorios.

2.- La Adopción. El adoptado (persona alieni iuris) salía de su familia originaria perdiendo los lazos de agnación y por consiguiente todos los derechos sucesorios por vía legítima. En relación a la nueva familia adquiría el nombre, los derechos gentilicios y los sucesorios, era una adoptio plena. Justiniano reconoce esta forma de adopción solo en el caso de que hubiere vínculos familiares entre adoptante y adoptado, y crea la adoptio menos plena para los casos en que el adoptante fuera un extraño. en esta forma de adopción, el adoptado no pierde los derechos sucesorios respecto a su familia original, cabe mencionar que esta última forma de adopción aun sigue vigente en nuestros días.

Finalmente encontramos como fuente de la institución en estudio a la Legitimación.- Era el medio acordado por los Emperadores para que el padre pudiese adquirir autoridad sobre los hijos naturales, podía hacerse por matrimonio subsecuente, por rescriptio del Príncipe, o en caso de que no hubiere hijos legítimos por obligación a la curia, es decir, cuando el padre ofrecía que su hijo desempeñara las funciones de decurión. El derecho clásico no conoció ningún acto para legitimar, fue la influencia cristiana quien introdujo esas formas de legitimación

ASPECTO PATRIMONIAL DE LA PATRIA POTESTAD

Analizando el aspecto patrimonial de esta figura en el Derecho Romano, tenemos que: El paterfamilias era también el único sujeto de derechos patrimoniales. No solamente disponía del patrimonio familiar a su gusto, si no que todo lo que adquiriesen los filiusfamilias le pertenecía.

Desde el punto de vista patrimonial, el hijo de familia no podía ser titular de derechos, las cosas corporales, los derechos reales, los de crédito y los derechos sucesorios que adquiría el hijo, se entendían adquiridos por el paterfamilias; por el contrario, las deudas contraídas por el filiusfamilias no tenían efectos jurídicos para el padre.

Sin embargo, el paterfamilias acostumbraba a conceder al filiusfamilias un pequeño patrimonio llamado peculium profecticio, sobre el cual tenía cierta libertad de

administración para conservarlos y tratar de acrecentarlos con su industria, conservando el padre la propiedad de ellos. Si el hijo era emancipado el peculio podía ser recogido o le podía ser dejado a opción del paterfamilias.

Este carácter tan rígido que formaba el aspecto económico del patrimonio, debe haber tenido algunas repercusiones en la vida pública, señala Bravo González, pues a partir del reinado de Augusto se admitía que los hijos de familia sean propietarios de los bienes adquiridos en ocasión del servicio militar y, que formasen para ellos un verdadero patrimonio con el nombre de peculio castrense. De esta forma el hijo sabía que si se esforzaba y obtenía recompensas por su audacia y valor, éstas serían para él y no irían a manos del paterfamilias.

Así, continua el autor en cita, es con la legislación de Constantino que se dió vida a otras dos formas de peculio: a) el peculium quasi castrense y b) el peculium adventicium. El primero "esta constituido por los bienes que adquiere el hijo como funcionario de la Corte Imperial, y más tarde también, por los provenientes del ejercicio de cualquier cargo público, de la profesión de abogado, de la carrera eclesiástica, y de las donaciones hechas por el Emperador a la Emperatriz".¹¹

Por otra parte fue con una disposición de Constantino, que se acentuó mayormente la capacidad patrimonial de los filifamilias, esto es, aquélla por la cual se reservaban al hijo los bienes adquiridos por la madre - bona materna - ya sea por herencia testamentaria o legítima. Respecto a tales bienes el pater es formalmente el propietario, y se prohíbe la libre disposición.

Emperadores posteriores, extendieron tal régimen a los bienes procedentes de los ascendientes maternos - bonas materni generis - adquiridos gratuitamente, por ejemplo, por herencia, legado, donación, así como a los lucros nupciales y a las donaciones sponsalicias. Con relación a estos bienes el derecho del paterfamilias se traduce en el usufructo.

Afirma dicho autor, que en el Derecho Justiniano triunfa la idea de que la propiedad corresponde al filius, teniendo al pater como mero administrador y usufructuario. "Entiendase con ello, que la norma prescribe que solo pertenecen en propiedad al pater los bienes procedentes del mismo, o adquiridos con medios por él, en tanto que los obtenidos por el propio filius, ya sea con su trabajo, ya como consecuencia de la liberalidad de un tercero, quedan bajo su dominio, correspondiendo al pater únicamente, el derecho de administración y usufructo-peculium adventicium".¹²

¹¹Bravo González, Op.Cit.pág.84.

¹²Ibidem, pág.85.

Por consecuencia, en la época de Justiniano, el régimen de los peculios puede resumirse así:

a) Pertenecen en propiedad al filius todos los bienes no procedentes del pater, reservándose éste un derecho de administración y usufructo. Tal derecho le es negado en el caso del peculium adventicio irregulare.

b) Sigue siendo propiedad del pater lo que este entrega al filius-peculium profectivum. Rigen aquí las normas de derecho civil.

A continuación y de lo expuesto, mencionaremos algunos derechos del pater sobre el sometido en su persona y bienes.

Principalmente, los derechos del paterfamilias sobre la persona del hijo comprendían el de castigarlo y matarlo; así Alejandro Severo, citado por Bravo González (Op. cit. pág.86) escribía: "Tu potestad te da el derecho de castigar a tu hijo y si persevera en su conducta puedes, valiéndote de un medio más severo presentarlo ante el Presidente de la provincia que le impondrá el castigo que pidas".

Existía además, el derecho de mancipar al hijo, se utilizaba normalmente cuando el padre quería emancipar al hijo o darlo en adopción y cuando lo abandonaba, no porque hubiera cometido un delito, sino para escapar a la obligación de pagar la pena.

Fuera de estos casos, la mancipación no se presentaba en la práctica más que como una consecuencia de la miseria de los padres, y entonces se hacía mediante un precio sin dañar la ingenuidad del hijo, o bien, para procurarse alimentos, la cesión del hijo por un precio en dinero o como garantía de una obligación colocaba a éste en condición análoga a la de un esclavo, ya que la Ley de las XII Tablas establecía que un hijo que había sido mancipado por tres veces recuperaba su libertad de la autoridad paternal.

Esta venta fue permitida y declarada lícita, con una salvedad, quizás sostenida sin duda alguna con el deseo de evitar los infanticidios, toda vez que se autoriza la venta del infante en el momento mismo del nacimiento, pudiendo recuperarlo cuando reembolsara el precio o diera al comprador un esclavo.

DISOLUCION DE LA AUTORIDAD PATERNA

Entre las causas que ponían fin a la autoridad paterna, es nuevamente Eugene Petit quien nos distingue entre los acontecimientos fortuitos y los actos solemnes, dependiendo de la voluntad del jefe de familia. Los acontecimientos fortuitos eran:

"1. La muerte del paterfamilias, la pérdida de la ciudadanía y la reducción de esclavitud del padre. Tratándose de muerte del pater los hijos que tuviere bajo su potestad se harán sui iuris, sin perder sus derechos de agnación, en el caso del padre cautivo, la condición de los hijos se haya suspendida y no se fija de manera definitiva.

2. La elevación del hijo a ciertas dignidades. En el antiguo derecho los hijos de familia escapaban a la potestad paterna cuando eran electos flámines de Júpiter, las hijas Vestales y bajo Justiniano cuando se nombraba patricio, obispo, cónsul, prefecto del Pretorio, o cuestor del palacio; esta última causa de extinción pasó al derecho español reglamentada en las Partidas punto II.

De los actos solemnes que daban fin a la potestad paterna tenemos:

La entrega en adopción y la emancipación, que no es más que una combinación de la manumisión vindicta y de la mancipación. Es una aplicación de los tres principios siguientes:

- * La potestad paterna da derecho para vender al hijo, y por consecuencia para someterlo al mancipium de un tercero.

- * Tratándose de un hijo varón en primer grado, la patria potestad se rompe por tres mancipaciones sucesivas, con respecto a los otros descendientes basta con una

- * El mancipium se disuelve como la dominica potestas, por una manumisión vindicta y quien la ha hecho se asimila al patrono, conservando derechos a la tutela y a la sucesión del emancipado. De tal manera que el emancipado se vuelve sui iuris, manteniendo sus derechos o nexos a la cognación aunque no los de agnación".¹³

De lo anterior, podemos advertir que el concepto que imperó en el derecho romano sobre la patria potestad, difiere completamente del que contempla nuestra legislación actual, no tanto en forma y efectos, sino en cuanto a significado y finalidad.

¹³Petit Eugene, Op.Cit.pág.108.

Así, claramente se observa que en el Sistema Jurídico Romano la familia y en concreto la patria potestad se asentó sobre las siguientes bases: existía un jefe supremo y único, con las más amplias facultades de vida y muerte sobre los a él sometidos, llamado paterfamilias, y el conjunto de tales facultades se denominaba potestad-paternal que era ejercida, no en beneficio de los hijos, sino en favor de todo un grupo familiar, nietos, esposa, adoptados, etc.. Que no terminaba con la mayoría de edad ni con el matrimonio, además que el pater podía absorber el patrimonio de los que están sujetos a ella, ingresando todo lo adquirido al fondo común, y que solo podía ejercitarse por línea de varones.

EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO GERMANICO.

A la caída del Imperio Romano cada uno de los pueblos por él sojuzgados readquirió su autonomía, comenzó a aplicarse el derecho propio o particular a cada uno de ellos. De esos derechos, el que quizá ha tenido una mayor influencia en el desarrollo de las instituciones jurídicas, fue el derecho germánico.

Es precisamente en este derecho, donde se inició el establecimiento y determinación de medios encaminados a limitar la autoridad de los que ejercían la patria potestad, a causa probablemente de que los pueblos germánicos no tenían el espíritu de justicia que caracterizó al pueblo romano, pues se ha señalado a los derechos germánico y romano como representativos de las tendencias dispares en materia de patria potestad, pero no han dejado de apuntarse las analogías que uno y otro ofrecen en sus orígenes.

La familia germánica (sippe) estuvo caracterizada por un tipo casi de carácter militar. Al casarse el marido adquiría una potestad sobre la mujer y los hijos llamada "munt", que significó derecho y deber de protección, cuya circunstancia evidenció además una participación materna.

Esto es, la patria potestad en el derecho germano antiguo recuerda en algo a la romana. En efecto, las amplias facultades que el padre ostenta sobre la persona del hijo recuerdan la de la originaria potestad del derecho romano, la filiación seguía el derecho paterno, del tal suerte que los hijos de los hombres permanecían en sus clanes, mientras que los de las mujeres pasaban a los clanes de sus padres, pues tenía éste el derecho de exponer al hijo inmediatamente después del nacimiento; el de castigarle a su arbitrio, el de venderle en caso de necesidad o por pena judicial e incluso matarle; un ejemplo, que cita la Investigadora María del Refugio González, en su obra "La Traducción Jurídica de Occidente" es: "si el padre sorprende bajo techo paterno en adulterio a su hija pue

hacer de ella lo que quiera"¹⁴; así también podía disponer su matrimonio y representarle en proceso.

En cuanto a los bienes, al hijo se le reconocía capacidad patrimonial, pero el padre como el señor de munt sobre el hijo tenía también la potestad sobre el patrimonio de éste, tomando dicho patrimonio en su "gewere" para su administración y aprovechamiento.

Al evolucionar el derecho germánico, se suprimieron o modificaron por influencia del cristianismo algunas de las facultades paternas. El derecho de exposición desapareció, y el disponer el matrimonio de las hijas se convirtió en un simple derecho de consentimiento. Las relaciones paternas se transformaron también por influencia del derecho romano, al aplicarse al patrimonio del hijo la doctrina romana de los peculios

No obstante lo anterior, ésta última cultura si permitía una participación mínima por parte de la esposa, no solo por serle atribuida la patria potestad en defecto del padre, si no por reconocérsele derechos y deberes durante el ejercicio de la institución, la cual era concebida como un derecho y un deber, orientado hacia la protección del hijo, partiendo de una protección más general proyectada hacia todo el grupo familiar, con carácter tuitivo

Por tal motivo, es indiscutible que la organización germánica familiar difería de la romana, al otorgarle una participación y reconocimiento a la mujer, para ello basta transcribir al efecto, un pasaje decisivo de Tácito donde afirma: "El hermano de la madre considera a su sobrino como si fuese hijo suyo; algunos hay hasta que tienen por más estrecho y sagrado el vínculo de la sangre entre tío materno y sobrino, que entre padre e hijo, de suerte que cuando se exigen rehenes, el hijo de la hermana se considera como una garantía mucho más grande que el propio hijo de aquel a quien se quiere ligar".¹⁵

En este orden, cuando los miembros de una gens daban a su propio hijo en prenda de una promesa solemne, y cuando este hijo era víctima de la violación del tratado por su padre, éste no tenía que dar cuenta a nadie sino a sí mismo. Pero si el sacrificado era el hijo de una hermana, esto constituía una violación al más sagrado derecho de la gens

Al pariente más próximo, era a quien incumbía antes que a todos los demás la protección del niño o del joven, era considerado como el culpable de su muerte, no debía entregarlos como rehenes o bien debía observar lo tratado; se considera que fue quizá y

¹⁴González María del Refugio y Soberanes Fernández José Luis. La Tradición Jurídica de Occidente. Antología de los Apuntes del Prof. Javier de Cervantes, Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. pág.127-132.

¹⁵González María del Refugio. Op.Cit.pág.133.

debido al contacto con los romanos, lo que descompuso en cierto modo esta organización familiar hasta el punto de que en pueblos germánicos se estableció el divorcio.

La extinción de la patria potestad por una mayoría emancipatoria desconocida por los romanos, era familiar a los pueblos germánicos, ya que este poder se extinguía cuando el hijo llegaba a la mayoría de edad. Al respecto se citan las palabras de Teodorico referidas por Casiodoro (ambos citados por Planiol): "Las águilas dejan de proporcionar alimentos a sus crías tan pronto como sus plumas y garras estén formadas"¹⁶

Además, y como otra forma de extinción se admitió en los casos en que el hijo entrara en una relación de servicios; de este modo, la patria potestad fue en definitiva un poder temporal que cesaba al hacerse el hijo independiente.

EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO FRANCES.

Por lo que hace a la organización de la familia en Francia, ésta se distinguía de la romana, fundamentalmente porque el poder del padre o jefe de ella no la ejercía con la misma rudeza que fijaba la legislación romana.

La patria potestad difería en Francia entre la región o país de derecho escrito y la de derecho consuetudinario. En el sur donde siguió rigiendo en gran parte la legislación romana, la patria potestad se ajustó a los preceptos de dicha legislación.

Esto es, por lo menos en su espíritu general, la antigua patria potestad del derecho romano se había conservado en el sur de Francia; es cierto que las Constituciones de los Emperadores y más tarde la Jurisprudencia de los parlamentos la habían disminuido mucho, y que las costumbres la atenuaron aun más en su rigor, pero las reglas primitivas habían subsistido en algunos puntos esenciales.

"_ La patria potestad nunca pertenecía a la madre. El marido tenía sobre la mujer el derecho de corrección, pero no podía usarlo sino con mesura. La mujer no podía bajo pena de nulidad celebrar contratos sin el consentimiento del marido, ni podía comparecer en juicio; respecto a las relaciones pecuniarias existían prevenciones en parte análogas a las que rigieron en legislaciones posteriores

¹⁶Planiol Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil, Traducción de la 12a. edición francesa. Porrúa Hnos. México, pág. 252.

_ Se prolongaba indefinidamente, cualquiera que fuese la edad del hijo.

_ El hijo no podía en principio adquirir por su cuenta, salvo los peculios todo pertenecía al padre, correspondiendo a éste el goce de los bienes cuya propiedad era del hijo.

El hijo era incapaz de celebrar el contrato de mutuo y de testar. El rasgo más saliente que se le impuso fue la multiplicación de las emancipaciones tácitas, principalmente por matrimonio, que liberaban a la mayor parte de los hijos de familia de la sujeción paterna".¹⁷

De lo expuesto se constata, que a pesar el tiempo transcurrido y de las reformas dadas, no había cambiado en lo absoluto el espíritu de esta institución, continuaba siendo una especie de poder doméstico previsto en el interés del padre más que del hijo.

Por otra parte, en las regiones de derecho consuetudinario la patria potestad se conoció con el nombre de "mainbournie o voverie". Dominaba en ellas la idea de una protección debida al hijo; pertenecía al mismo tiempo al padre y a la madre, era esencialmente temporal, cesaba pronto. Tales diferencias entre regiones eran tan considerables que asombraban al mundo entero, teniendo por ello como regla en la región norte: " que no existe el derecho de patria potestad". Ello no significaba que los padre careciesen de poder sobre la persona y bienes de sus hijos, sino que la patria potestad imperante en el norte de Francia no era la misma patria potestas del derecho romano, ya que los propios Jurisconsultos antiguos como Gayo habían observado que la patria potestad era una institución propia de los romanos, que no se encontraba en otros pueblos a no ser los gálatas.

Otro carácter separaba a las dos regiones de Francia, el poder de los padres había conservado en el norte un aspecto meramente familiar y de hecho, es decir, no era objeto de normas o reglas jurídicas. La redacción de las costumbres no se ocupaban de ella, todo dependía de la práctica. Aquí, el poder del padre constituía una especie de tutela que se ejercía sobre el pupilo hasta la edad de 20 años si se trataba de un poseedor de feudo, y hasta los 14 años tratándose de los pecheros.

Es también en esta parte de Francia, donde podemos afirmar que el poder del padre sobre la persona de hijo no era tan absoluto y el trato no tenía caracteres tan rigurosos, sin embargo se encuentran algunas costumbres que esta institución adopta del Sistema de Derecho Romano, dado que la descripción de la patria potestad hecha en las

¹⁷Ibidem, pág. 252.

antiguas colecciones de sentencias de estas provincias, lleva la huella romana al grado de manifestar que se estaba en una región de derecho escrito.

Posteriormente y bajo los albores de la Revolución, puede afirmarse que la patria potestad no fue abolida como frecuentemente se dice, ya que la Asamblea Legislativa por Decreto del 28 de agosto de 1792 estableció simplemente "que no se extendía a los mayores y que los menores serían los únicos sometidos a ella". Al suprimir la persistencia del derecho del padre, la Asamblea únicamente consagró el resultado a que casi había llegado el derecho con el desarrollo de las emancipaciones tácitas, por lo cual se afirma que la reforma no fue muy grave.

A partir de 1851, el derecho francés fue enriquecido con cierto número de Leyes nuevas, en las cuales imperó una profunda preocupación a los derechos de los menores, entre otras:

- Ley del 28 de mayo de 1854, sobre contrato de aprendizaje
- Ley del 19 de mayo de 1874, sobre el trabajo industrial de los menores
- Ley del 7 de diciembre de 1874, sobre la protección de los menores empleados en las profesiones ambulantes.
- Ley del 23 de diciembre de 1874, sobre la protección de los niños en su primera edad.
- Ley del 28 de marzo de 1882, sobre la instrucción obligatoria laica.
- Ley del 24 de julio de 1889, sobre la protección de los menores maltratados o moralmente abandonados.
- Ley del 2 de noviembre de 1892, que sustituyó la de 1874, sobre el trabajo de los menores.
- Ley del 19 de abril de 1898, sobre la represión de las vías de hecho y atentados cometidos contra los menores.
- Ley del 2 de julio de 1907, sobre la protección de los hijos naturales.
- Ley del 27 de julio de 1917, sobre los pupilos de la nación.
- Ley del 15 de noviembre de 1921, sobre la pérdida de la patria potestad.
- Ley del 22 de septiembre de 1942, donde la patria potestad es concebida como un poder o autoridad del padre, se transforma en una potestad que debe ser ejercida en interés común del patrimonio y de los hijos. Adquiere así la patria potestad el carácter de una función temporal ejercida en interés del grupo familiar legítimo.

- Ley del 22 de mayo de 1946, proclama la idea de que los tribunales pueden privar del ejercicio de la patria potestad al padre o a la madre que por su conducta o salud puedan comprometer la formación adecuada de los hijos. Es con esta Ley, con la cual se acentúa la dirección del Derecho Francés, hacia una mayor intervención de los Tribunales en el ejercicio de la patria potestad y en el control de la misma".¹⁸

EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.

La evolución de la patria potestad en el derecho español es hoy, generalmente bien conocida gracias a los estudios de los historiadores.

Podemos afirmar, que aquí tampoco tal institución adquirió la fisonomía romana correspondiendo su ejercicio tanto al padre como a la madre, ya que descansaba en vínculos de consanguinidad en lugar de seguir la tradición romana clásica de la familia agnaticia; el poder del padre sobre la persona del hijo no era tan absoluto y el trato no tenía caracteres tan rigurosos, además que se extinguía con la mayoría de edad

En la España Visigoda, la legislación en materia de patria potestad continuó la tradición legislativa del Bajo Imperio, acentuando ciertos rasgos del derecho romano post-clásico, pues para Castán Vázquez¹⁹ "el derecho visigodo recoge la idea de la patria potestad tal y como se concebía después de la profunda transformación del derecho romano, introduciendo nuevas costumbres".

Debe advertirse que siguiendo la tradición romana, la patria potestad en el derecho español antiguo era concebida solo en la familia legítima, casi desaparece el concepto como derecho del pater, transformándose a través del Derecho consuetudinario en un deber de protección hacia el hijo. A partir de entonces se consideró que la patria potestad tenía su fundamento no en el derecho positivo, sino en el derecho natural.

La actitud de la legislación frente a las manifestaciones del poder absoluto del padre confirman esta concepción de la patria potestad visigoda, aquí se combatió el derecho de vida y muerte sobre el hijo, sancionándose su muerte, el infanticidio y el derecho de exposición, e incluso el *ius vendendi* adoptó una posición más radical que en el Derecho Justiniano.

¹⁸Planiol Marcel, *Op.Cit.* pág. 254.

¹⁹Castán, Vázquez José María, *La Patria Potestad*, Revista de Derecho Privado, Madrid 1960, pág. 26-29.

El aspecto patrimonial, también encaja perfectamente en la evolución romana, en atención que existía la adquisición por parte del padre de las ganancias obtenidas por el hijo con ciertas excepciones y limitaciones

De lo expuesto, se advierte ya en el Derecho Visigodo la institución de la patria potestad como una idea de función, resultando válida la afirmación de Alfonso Otero: "de la misma manera que en el Derecho post-clásico la patria potestad de la legislación visigoda se concibe como un officium en interés de los hijos".²⁰

Esto porque durante la reconquista y los tiempos de la época posterior a la invasión musulmana debió de continuar vigente la concepción visigoda de la patria potestad, pero siguiendo el proceso evolutivo de la institución se iría perdiendo el poder paternal hasta llegar a una desaparición total como poder jurídico del padre, toda vez que el poder absoluto e ilimitado del pater ya se había convertido en un officium concebido en interés del hijo y seguiría evolucionando hasta alcanzar la realidad de un derecho natural, hasta permitir que corresponda subsidiariamente a la madre

Por su parte, continúa este autor, el derecho foral aragonés, es otro claro ejemplo de como la patria potestad fue considerada desde la Edad media no como autoridad, sino como una institución protectora de los menores.

Así con el Fuero Real en su libro Tercero "Derecho de Familia", se concibió el poder paterno como ilimitado y despótico, su normatividad por el contrario prohibió la venta, donación o pignoración del hijo bajo pena de nulidad

"Las 7 Partidas o Fuero de Leyes, a pesar de configurar uno de los principales cuerpos legales de la época no siempre rigieron en la práctica, dicho Ordenamiento consagraba en los títulos 17, 18 y 19 de la 4a. Partida la figura de la patria potestad como un "officium virile", que se constituye, ya no como un poder absoluto y perpetuo a favor del padre, sino como un poder concebido en interés de los hijos. No obstante percibe en cuanto a su ejercicio una notable influencia Cristiana en el sentido que la patria potestad debía ser ejercida con piedad paternal".²¹

En conclusión se señala que la patria potestad o poder paternal no fue concebida por las 7 Partidas como un derecho ilimitado, pues si bien se le definió como poder y señorío, la regulación de las facultades atribuidas al padre denota que aquel poder tenía límites; así el derecho de vender o empeñar al hijo solo excepcionalmente se confería al padre ya que era permitido únicamente en verdadero estado de necesidad, de que sufiere

²⁰Citado por Castán Vázquez, Op.Cit.pág.27.

²¹Ibidem, Op.Cit.pág.28.

tal hambre o pobreza que no podía socorrerse de otro modo, con esta excepción se trataba de evitar que muriera tanto el padre como el hijo, que dicho poder se ejerciere con moderación, proclamando, por ende, que el derecho de corrección fuera ejercitado con mesura y con piedad, sancionando con la pérdida de la patria potestad, el castigo cruel.

Al efecto y como un ejemplo de poder paterno limitado, la Dra. Carpintel²² señala el texto contenido en la Partida 4a., título 18 Ley 18 en la cual, se prevé la sanción de pérdida del poder paternal, cuando se castigue cruelmente al hijo o se prostituya a la hija.

Por otra parte y en orden de los efectos patrimoniales, imperó el principio de que todo lo adquirido por el hijo pasara a engrosar el patrimonio paterno, siendo el derecho del padre objeto de limitaciones fundamentales a través del sistema de los peculios, ya que otorgaban una personalidad patrimonial a aquellos.

Por último y respecto a las formas de extinción, al igual que en el Derecho Romano bastaba la promoción del hijo para desempeñar ciertas dignidades o cargos públicos, como por ejemplo, cónsul, prefecto, consejero del rey, obispo o patricio.

Finalmente nos dice la autora en cita, y durante los siglos XVIII y XIX, la concepción Justiniana de la potestad paterna acogida en el Derecho Castellano siguió vigente con alguna innovación, como la emancipación por matrimonio, inscrita en las Leyes 47 y 48 de Toro, misma que continuó en vigor hasta alcanzar su consagración en el artículo 64 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870.

La patria potestad se convertía así, definitivamente en un poder temporal, poder por otra parte limitado como lo denotaba el artículo 65 de la propia Ley al reconocer a los padres el derecho de corregir y castigar moderadamente a los hijos.

Así, claramente desprendemos que en la realidad social se iba acrecentando la concepción moderna de patria potestad al imponerla como un poder útil, insistiendo en la necesidad de considerar dicho poder muy distante a aquel derecho de vida y muerte que permitieron las Leyes romanas sobre los menores.

²²Carpintel de Wendy, Op.Cit.pág.796.

EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO.

EPOCA PRECORTESIANA. La Historia de México, contempla ciertos datos que nos hacen distinguir dos formas de organización política y cultural, que los estudiosos han englobado bajo las denominaciones de Mesoamérica y Aridamérica. La primera se refiere a las altas culturas que geográficamente pueden ser ubicadas en la zona central, las costas y la península de Yucatán; la segunda se refiere a las culturas que estaban asentadas en la zona norte y que habían alcanzado evidentemente un grado menor de desarrollo.

La diferencia entre las dos grandes áreas tuvo una enorme importancia durante la conquista y la colonización, ya que revistieron características especiales y particulares manifiestas en todos los ámbitos de la vida social.

No obstante y dado que la Historia del Derecho Mexicano en palabras de la Investigadora Maria del Refugio González, "es una disciplina que ha contado con pocos cultivadores" ha de proporcionarse una visión reducida y general sobre el Derecho de los pueblos autóctonos, y en particular de la Institución Jurídica que nos ocupa.

LOS OLMECAS - Florecieron entre el siglo IX y I A.C. en la zona costera del Golfo, tenían fama de magos y utilizaron drogas alucinantes. No dejaron grandes monumentos arquitectónicos, sin embargo, transmitieron muchos de sus rasgos a las culturas maya, teotihuacana, zapoteca y totonaca.

La escases de la figura femenina, sugiere una sociedad en la que la mujer no gozaba de un status importante, una sociedad sin ecos del matriarcado, se presume que en esta cultura la figura de la patria potestad no tuvo gran relevancia debido a la falta de documentación al respecto.

LOS MAYAS.- Habitaron el territorio comprendido por Tabasco, Campeche, Chiapas, Yucatán y Quintana Roo. Durante la época del clásico mesoamericano, fueron los mayas los que alcanzaron el más elevado desarrollo, ya que a la llegada de los españoles se encontraban en una etapa que algunos autores han caracterizado como de decadencia cultural, y otros como de reacomodo político, con nuevas conquistas y alianzas.

El sector del Derecho maya que mejor se conoce es el derecho político del Nuevo Imperio, cuyas ciudades dominantes eran Chichen-Itzá, Uxmal y Mayapan, quienes estaban gobernadas por un halach-vinic o ahau, dignidad que pasaba siempre de padre a hijo mayor (con regencia de un tío paterno, si el hijo electo aún era menor de edad).

En cuanto al Derecho de familia, formábase ésta por el matrimonio monogámico, pero con tal facilidad de repudio que con frecuencia se presentaba una especie de poligamia sucesiva, sin embargo, la raza del sur practicaba la bigamia.

Se afirma por Floris Margadant²³ que existía una fuerte tradición, dos personas del mismo apellido no podían casarse. Contraían matrimonio a los 20 años y los padres buscaban esposas a sus hijos, pero no maridos a sus hijas. La infidelidad era causa de repudio, si al tiempo de hacerse éste los hijos eran pequeños los llevaba la mujer; si eran grandes las hembras pertenecían a la esposa y los varones al esposo.

Es debido a que los mayas eran muy supersticiosos que practicaban grandes ceremonias y ofrendas a sus dioses, hacían sacrificios de hombres compraban esclavos que sacrificar y algunos fanáticos daban a sus mismos hijos, ofrecían en tablillas su sangre y la de éstos.

Las Leyes establecidas sobre las herencias eran tan precisas que no había necesidad de testar, pues la herencia se repartía entre la descendencia masculina, fungiendo la madre o tío paterno como tutor en caso de minoría de un heredero. Se sabe que cada familia recibía con intervención sacerdotal una parcela para su uso personal, pero se ignora si en caso de defunción del jefe de familia, esta parcela era recuperada por la comunidad o se repartía entre los hijos, o se entregaba a un hijo privilegiado

LOS TARASCOS. - En una amplia zona que comprendía parte de los actuales estados de Guerrero, Michoacán, Colima, Jalisco, Nayarit y Sinaloa habitaron pueblos que no alcanzaron el amplio desarrollo logrado en las zonas náhua, maya y de Oaxaca. Dentro de esta zona, dominando una extensa región habitó un grupo conocido como tarasco.

Es poco lo que se conoce sobre su organización política, social y sobre todo su sistema jurídico o de derecho, el único testimonio del que se tiene conocimiento es la relación de Michoacán que data del siglo XVI.

Se sabe que la división de clases existente era muy arraigada. El sacerdocio era una casta y a ella pertenecía el Jefe supremo -Cazonzi- máxima autoridad política, militar, religiosa, y judicial.²⁴

²³Floris, Margadant Guillermo, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, Textos Universitarios, Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. México 1971. pág.15-16.

²⁴Riva, Palacio Vicente. Resumen Integral de México a través de los Siglos. T.I, 12a. edición. Cfa. General de Ediciones S.A., pág.41-sigs., 161, 215 y 294.

A diferencia de los mexicas, entre los tarascos el acceso a los altos puestos burocráticos y militares estaba vedado a la clase baja, ya que eran hereditarias en línea recta y colateral, es decir, los grandes cargos sacerdotales pasaban de padres a hijos.

El papel de la mujer en la familia y en la vida comunal no era prominente, no se encuentra rasgo alguno del matriarcado, salvo quizá la función de profetiza, por lo demás la mujer ni siquiera podía entrar al templo a participar en los ritos religiosos.

De lo anterior, también concluimos que tanto para el pueblo maya como para el tarasco la figura de la patria potestad no era del todo reconocida, sin embargo se hace suponer que ésta recaía en el padre, pues la mujer no gozaba de derecho alguno

LOS MIXTECOS ZAPOTECOS.- Habitaron la región actual de Oaxaca y Chiapas. Respecto a la familia, al igual que los mayas tenían como fundamento el matrimonio, cuyo impedimento principal era que los esposos fueran parientes. Para las sucesiones, a los reyes y caciques los heredaban los hijos que tenían con la primera mujer, sólo a falta de varones entraban las mujeres. Si la mujer principal del rey o cacique iba a tener un hijo, oraban los sacerdotes por él, si la criatura era varón le ponían una flecha en la mano y un huso si era mujer.

Poco se sabe de las Leyes de ese pueblo, las penales eran muy crueles, el adulterio de alguna de las mujeres del Cazonzi se castigaba con la muerte de toda la familia. Las mujeres tenían una participación mínima en las cuestiones políticas y religiosas, sin embargo en el palacio del Cazonzi servían solamente mujeres principales que vivían bajo la guarda de un anciano y formaban el serrallo del rey. De éstas, el jefe supremo escogía una para reina llamada Ileri.

A la muerte del Cazonzi lo sucedía uno de hijos, quien salía a guerrear para hacer ciento veinte cautivos que habían de ser sacrificados en honor a las deidades. El nuevo Cazonzi tomaba como esposas a las viudas del padre, a las que agregaban después otras hijas de los principales del reino. Organizaban campañas guerreras cuyo fin era ampliar su poderío, no se permitía que en ella fuesen mujeres, la guerra era sagrada, hacían prisioneros y cautivos para los sacrificios, para el servicio del rey y otros se los comían cocidos.

LOS CHICHIMECAS.- Se establecieron en Anaquemeacan, al pie del Popocatepetl y el Ixtaccihuatl. Su organización política era rudimentaria, vivían en pequeños grupos de recolectores, cada grupo tenía un jefe hereditario y con fines militares o para migraciones colectivas, solían formar confederaciones transitorias.

En cuanto a la organización familiar tenían el sistema de la residencia matrilocal, el hogar se formaba alrededor de la madre, puede ser que se tratara de un eco del matriarcado, aunque probablemente esta costumbre obedece a la división de labores entre los hombres (cazadores y recolectores ambulantes), y las mujeres dedicadas a una primitiva agricultura que las ligaba a un lugar determinado.²⁵

LOS MEXICAS O AZTECAS.- Por último el pueblo que a la llegada de los españoles ejercía el dominio y gozaba del resultado de una evolución cultural, en la cual ellos participaron sólo al final, era el de los mexicas que habitaba el centro del país.

Es esta cultura y por consecuencia este derecho el que ha recibido mayor atención, por ser quizá del que más testimonios se conservan. "Deriva de una ramificación de los chichimecas, con absorciones toltecas y en íntima convivencia con los texcocanos; surge desde el siglo XIV d.C., caracterizándose por sus móviles económicos y su afán expansionista, ya que conforme a sus creencias tenían que establecerse y fundar señoríos por los cuatro rumbos del mundo, cultura muy superior a la de los demás pueblos no solo en el nivel de su agricultura o su religión sino también por su organización en clanes."²⁶

Siguiendo al autor en cita, tenemos que el derecho que hoy llamaríamos privado se ocupaba de regular cuidadosamente las relaciones familiares, la transmisión de la propiedad y las transacciones comerciales. El derecho de familia era el menos sujeto a la arbitrariedad de la élite dominante y más fijado en tradiciones.

El matrimonio si bien podríamos caracterizarlo monogámico, era permitida la poligamia entre los nobles y guerreros como premio, o bien, al demás pueblo según la capacidad de manutención, pero una esposa tenía la preferencia sobre las demás, tal preeminencia también era manifiesta en la situación privilegiada que tenían sus hijos, en caso de repartición de la sucesión del padre, ya que era natural que los hijos de estas mujeres fuesen legítimos, pero los que ejercían ciertas dignidades tenían que designar una esposa para tener con ella los sucesores de su puesto y estos hijos eran los que para el objeto se consideraban legítimos, y solo bajo este aspecto se llamaba ilegítimos a los otros.

Las celebraciones del matrimonio era un acto formal con algunas infiltraciones religiosas, sin embargo, en algunas partes hubo matrimonios por venta o por raptos podían celebrarse bajo condición o por tiempo indefinido. Las condiciones duraban hasta el nacimiento del primer hijo, en cuyo momento la mujer podía optar por la transformación

²⁵López, Agustín Alfredo, La Constitución Real de México Tenochtitlán, Seminario de Cultura Náhuatl, Instituto de Historia U.N.A.M. México 1971, pág.76.

²⁶Riva Palacio, Op.Cit.pág.215.

del matrimonio en una relación por tiempo indefinido, si el marido se negaba ahí terminaba el matrimonio. Bajo pena de muerte se prohibía éste entre ascendientes y descendientes, hermanos, suegros, yernos, padrastros y entenados, y se cree que tampoco se consentía con la madre de la suegra, tios, primos y sobrinos primeros.

La mujer que no llegaba pura al matrimonio era repudiada y los hijos elegían a quien querían seguir, si al padre o a la madre; el respeto a la mujer era grande. Establecido el principio de la poligamia la mujer no tenía más misión que procrear hijos y atender a las necesidades domésticas. El divorcio era posible con intervención de autoridades, que en caso de comprobarse una de las múltiples causas (sevicias, incumplimiento económico, esterilidad y pereza) solían autorizar la disolución del vínculo, perdiendo el culpable la mitad de sus bienes. Los hijos se quedaban con el padre y las hijas con la madre.

La patria potestad era un poder muy grande, más no absoluto, pues el padre solo podía vender a sus hijos como esclavos, cuando a causa de su pobreza le era imposible mantenerlos o bien, cuando éstos eran considerados incorregibles, en este último caso se hacía un convite para que participaran familiares y parientes próximos, para hacer la venta en cualquier caso se requería de autorización judicial. Otro supuesto por el que el padre podía dar en esclavitud a su hijo o a cualquier otro miembro de la familia era el de los apostadores en el juego de la pelota, los daban como garantía mientras pagaban la deuda, si ésta no era pagada en un plazo determinado quedaban como esclavos.

Por lo tanto era el hombre el jefe de la familia, pero en derecho estaba en igualdad de circunstancias con la mujer. El castigaba a los hijos varones y la mujer a las hembras, a este particular eran muy estrictos, pues la Ley los facultaba para actuar con sumo rigor, pudiendo reprimir con azotes, con punzamientos con espinas de maguey, con aplicación de humo de chile en el rostro, cortándoles y quemándoles el cabello por desobedientes, o con la incisión pequeña en el labio de los mentirosos. Castigaban gravísimamente, llevando incluso a la horca a los hijos que gastaban mal la hacienda que sus padres les habían dejado, o si destruían las armas o joyas o cosas señaladas que hubiere de aquellos.

El modo que tenían de castigar a los hijos y a las hijas cuando salían viciosos, desobedientes y traviosos era trasquilarlos y traerlos maltratados de orejas, muslos y brazos.

Era Ley que si alguno vendía por esclavo a un niño perdido lo hacían esclavo y a todos cuanto en ello hubieran intervenido, aunque fuesen muchos.

Entre las facultades de los padres estaba la de otorgar su consentimiento para la celebración del matrimonio, ya que el matrimonio que podía llamarse obligatorio coincidía con la edad de 20 a 22 años varones, y 17 a 18 años mujeres, suponiendo por consecuencia que a esa edad salían los hijos de la potestad del padre y se consideraba mayores.

En caso de muerte del padre, su hermano podía ejercer todos los derechos de la patria potestad, siempre y cuando se casara con la viuda en su defecto el encargado del menor era el hermano mayor "techcauh", y si no había hermano mayor pasaba a la tutela del miembro de la familia más respetado. No obstante se ignora si en ausencia de este requisito, los abuelos podían suplir a los faltantes; si eran huérfanos tampoco se sabe que acudiesen a ellos en especial, o a cualquier pariente para que los sustentara quien indudablemente adquiría la tutoría de los menores. Esta última institución era de gran responsabilidad, toda vez que la mala disposición de los bienes encomendados hacía al tutor merecedor de la pena de horca.

Respecto a la educación de los hijos, queriendo Moctezuma que su pueblo fuese el más temido en la guerra, dispuso que desde su niñez se fueran formando los soldados del ejército.

Iniciaba la educación cuando el niño tenía tres años, entonces le daban de comer una tortilla, a los cuatro le daban ya una tortilla entera y comenzaban a ocuparlo en los mandados de la casa, a los cinco recibían el mismo alimento, los varones comenzaban a cargar leña y las hembras a hilar, a los seis años la comida era tortilla y media y los varones iban a los tianquistli a recoger el maíz y demás semillas halladas en el suelo, a los siete años se les enseñaba a pescar. Durante los ocho y nueve años empezaban a acostumarlos a los sacrificios, clabandoles pías de maguey, desde la edad de diez años les era permitido a los padres castigarlos, y a los once podían darles como pena humazos de chile o axi que era un verdadero tormento. A los doce años acostaban a los varones en el suelo con la cara vuelta al sol para endurecerlos. A los quince años concluía la educación de la familia y el menor pertenecía al Estado quien acababa de instruirlo en sus deberes, ya fuera en el malmecac o en el tepochcalli según la promesa que se hubiese hecho el día de su bautismo.

Los hijos tenían libertad para seguir la profesión que quisieran pero generalmente continuaban la de los padres, con la cual venían a constituirse clases que se distinguían por el género de trabajo a que se dedicaban. A los que se destinaban para la judicatura hacíanlos asistir a los tribunales para que fueran aprendiendo las Leyes del reino y la práctica en forma judicial.

Se cree que para el demás pueblo no había educación pues los niños solo aprendían a trabajar, y como no había bestias de carga en ella se convertía el indio, sin embargo la educación que recibían de sus familias era trascendental y de suma importancia, pues desde la infancia los acostumbraban a sufrir el hambre, el calor y el frío, a la edad de cinco años comenzaban a imponerles el culto a los dioses y a enseñarles las formas de orar y de implorar su protección.

Los llevaban frecuentemente a los templos para aficionarlos a la religión y les ponían en las manos un bracerillo para que inciensasen a los ídolos; inspirabanles horror al vicio, recato a sus acciones, respeto a su mayores y amor al trabajo; les hacían dormir en una estera, no les daban más alimento que el que exigía la necesidad de la vida, ni más vestido que el necesario para el reparo de la honestidad.

Cuando llegaban a la edad competente les enseñaban el arte u oficio del padre, a las niñas se les enseñaba a hilar y a tejer, las obligaban a bañarse con frecuencia para que siempre estuviesen limpias y generalmente procuraban que sus hijos estuviesen ocupados. Una de las cosas que más les encargaban era la verdad de sus palabras y si alguno de los hijos decía mentiras, punzábanles los labios con púas de maguey; a la hijas que mostraban demasiada inquietud para salir de casa les ataban los pies, al hijo desobediente y travieso le azotaban o daban otro castigo, proporcionado según su modo de pensar o la gravedad de la culpa.

Además de todo esto, para los que hubiere oportunidad, procuraban que sus hijos se educaran en los seminarios anexas, de los cuales había muchos para niños, doncellas y mancebos y en los que, los instruían en las cosas de la religión, la historia, la pintura, la música y otras artes convenientes a su condición. Criábanse los hijos con tanto respeto a su padres que aún ya grandes y casados, apenas hablaban en su presencia.

Por tal motivo, concluimos que las instrucciones y consejos que sus padres les daban a los menores eran de tal importancia que como lo manifestará Francisco Javier Clavijero en su Historia Antigua de México, "Difícilmente se hallará Nación que en tiempo de su gentilidad haya puesto mayor diligencia en éste artículo, pues me ha admirado más y parecido digno de alabanza y memoria el cuidado y orden que en criar a su hijos tenían los mexicanos, ya que muchos de los consejos que daban a su juventud pueden servir de lecciones a la nuestra" ²⁷

EPOCA COLONIAL.- En los primeros años que siguen al Descubrimiento de América, la Corona Castellana ensayó diversos modos de penetración en los nuevos territorios que sirvieron de experimentación a la formación del primer Estado colonial

²⁷Clavijero. Francisco Javier, Historia Antigua de México, Porrúa, México 1964, pág. 205.

moderno. El contacto que tuvieron los españoles con los pobladores de las Antillas, con sus éxitos y fracasos les permitió delinear los métodos que habían de utilizarse en la conquista y colonización de América.

El Orden Institucional que se implementó en las Indias o Nueva España fue muy complejo, dinámico pero a la vez muy flexible, por lo cual se tuvo una especie de constitución con principios políticos y legales. Estos principios que se pueden observar en la "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano" del Profesor Guillermo Floris Margadant y extraídos de la Recopilación de Indias fueron:

- 1.- La religión católica es la religión del Estado, y el fin de éste en las Indias es su propagación.
- 2.- El dominio está fundado en justos títulos.
- 3.- América forma parte de la Corona Castellana.
- 4.- La Nueva España no es separable de la Corona, ni susceptible de enajenación en todo o en parte.
- 5.- Los indios son hombres libres y no sujetos a servidumbre.
- 6.- Los indios son vasallos directos de la Corona.
- 7.- La Nueva España es un reino en el que puede haber Congresos, cortes o juntas, pero sólo cuando lo mandase su Majestad".²⁸

En el enfrentamiento entre las distintas culturas indígenas con la española, tocó a las primeras someterse a las reglas de esta última, sin embargo, aunque los patrones jurídicos ella misma los había aportado, no todos fueron adoptables al Nuevo Mundo, pues si bien por una parte el derecho castellano se impuso sobre la población aborigen, el orden jurídico de los naturales no desapareció del todo, máxime que fue inoperante para regular algunas de las situaciones que se presentaron, es decir, a pesar de que la Corona española de ningún modo quiso eliminar todo el derecho precortesiano y expresamente autorizó la vigencia de algunas normas, siempre y cuando no fueran incompatibles con los intereses de ésta y el cristianismo, debido a razones económicas y psicológicas los indios fueron abandonando poco a poco sus leyes y adoptando las nuevas.

A este respecto, cabe mencionar los diversos ordenamientos que conformaron el derecho castellano. Aunque puede hablarse de un nuevo sistema jurídico bajo la influencia castellana, no puede hablarse de la aplicación de un mismo derecho, ya que los Reyes con mayor o menor éxito venían luchando por imponer el derecho real frente a la multitud de derechos que se habían creado a lo largo de la reconquista y repoblación.

²⁸Floris Margadant, Op. Cit. pág.37-39.

Señala el autor que es en 1348 con la promulgación del Ordenamiento de Alcalá, bajo el reinado de Alfonso XI que se intentó poner el orden en la aplicación de los derechos que habían coexistido." La Ley Primera del Título XXVIII fijó el orden de prelación para aplicar el derecho en lo venidero.

En primer lugar, había de aplicarse dicho texto y cualquier otro legislado por reyes; en segundo lugar, en defecto del derecho real se aplicaban los fueros municipales, si se probaba su uso y sino iban contra dios y contra la razón o contra las leyes del rey; en tercer lugar, se aplicaban las Partidas, cuerpo jurídico que no logró imponerse como derecho positivo en Castilla, no obstante no deja de destacarse la influencia doctrinal en su tiempo y en épocas posteriores "

Puede afirmarse, continua dicho autor, que el derecho castellano de finales del siglo XV estaba constituido por un conjunto de ordenamiento de diverso origen que para su aplicación había de seguir el orden de prelación que se hallaba establecido en el Ordenamiento de Alcalá.²⁹

En estas condiciones el derecho castellano pasó a las Indias, más pronto fue manifiesto que en la conquista y colonización de los nuevos territorios eran inoperantes los sistemas empleados por los peninsulares en la Reconquista, más aún que las estructuras sociales, políticas y religiosas que éstos encontraron en las tierras americanas les resultaron ajenas, sin poder acomodarlas a la cultura europea.

Fue así, como el orden jurídico de los naturales tuvo un cambio radical, pues formaba parte del sistema jurídico de la monarquía española, esto es, el derecho vigente en la Nueva España se constituía por el derecho castellano, el derecho indiano y por aquellas normas jurídicas mexicas que aún permanecían y que no fueran contrarias a la religión católica. Es por ello, que se afirma que el ordenamiento jurídico vigente en esta etapa de conquista tenía sus fuentes en los Códigos españoles, Reales Cédulas, Reales órdenes, Mandamientos de gobernación, Autos acordados, Ordenanzas, Leyes y costumbres de los naturales que no estuvieran en contra del catolicismo, Reglamentos y decretos, además de la Doctrina y jurisprudencia que produjeran un derecho con un tono moralista.

Por otra parte, afirma la Investigadora María del Refugio³⁰ tratándose del derecho indiano en materia privada, siguió imperando el viejo derecho español, sin embargo, hubo ordenamientos del derecho castellano que tuvieron importancia radical en la Nueva España. Un ejemplo de éstos fue la Recopilación de las Leyes de Indias que data

²⁹Ibidem, pág.49 y sigs.

³⁰González María del Refugio, Op.Cit.pág.139.

de 1680, y dada después de varios intentos de codificación, pero este texto nació obsoleto, ya que el cambio de dinastía, de mentalidad y de objetivos en relación a los territorios americanos determinaría que nuevas disposiciones se dictaran constantemente.

Otro de los ordenamientos aplicables en la Nueva España fue el Fuero Juzgo formado en el curso del siglo VII, fue el primer Código español, mezcla del derecho romano y de costumbres visigóticas, además del primer cuerpo de leyes para vencedores y vencidos.

Dignos de mencionarse por su importancia en el siglo XIII son, el Fuero Real, la citada legislación de las 7 Partidas, y las Leyes del Toro que tuvieron prolongada vigencia e importancia doctrinal, tanto en España como en las Colonias de América y primeros años del México Independiente.

En relación con el derecho de familia, Floris Margadant³¹ nos dice "entre las principales modificaciones existía una Real cédula del 12.VII.1564, en la que se declaró que los Cánones del Concilio de Trento son Ley del reino, castellanizándose así esta parte del derecho canónico. De manera general el derecho indiano aporta sus propias disposiciones, como la de otorgar mayor flexibilidad para obtener dispensas respecto de los excesivos impedimentos matrimoniales, una suavización en beneficio de negros y mulatos (esclavos), la necesidad de la licencia paterna para el matrimonio, una presión legal para que los solteros se casen con mujeres domiciliadas en el territorio donde ejercen sus funciones, bajo la pérdida de empleo, reglas especiales para la transformación de matrimonios indígenas existentes, previamente a su cristianización en válidos matrimonios, un control por parte del Consejo de Indias sobre las legitimaciones autorizadas, un especial control por parte de los cabildos sobre la tutela y las fianzas, reglas para que los colonos no abandonen a sus esposas y normas para preservar la unidad de la familia indígena.

En materia de sucesiones, fuera de complicadas reglas y discusiones sobre la sucesión en encomiendas, mayorazgos y cacicazgos, el derecho indiano solo añade de modo informal el testamento de indios, algunas medidas para proteger la libertad testamentaria contra presiones por parte del clero y; reglas minuciosas para garantizar la debida administración de las sucesiones abiertas en las Indias "

Es con Esquivel Obregón en sus "Apuntes para la Historia del Derecho en México", donde encontramos que la figura de la patria potestad en esta etapa de coloniaje recaía en el padre, "quien estaba obligado a criar a su hijo proveyendo su alimentación, vestido y educación moral y religiosa, proporcionándole la instrucción compatible con sus

³¹Floris Margadant, Op. Cit.pág.126.

recursos".³² Durante los tres primeros años de vida del menor, la obligación de la crianza era de la madre, así como también cuando ella era rica y el padre pobre.

Tratándose de hijos legítimos o de los naturales habidos en bigamia, ya conocida como tal, correspondía la obligación al padre y a los ascendientes por ambas líneas, pero de los otros hijos ilegítimos, solo incumbía la obligación a la madre y a los ascendientes por esa línea.

Para compensar esta obligación, el padre tenía derechos sobre los bienes del hijo. Al efecto, éstos se dividían en diversas clases o peculios, se llamaban bienes profecticios los que ganaban los hijos con los bienes de sus padres, y en ellos, correspondía a éstos la propiedad, posesión y usufructo; había adventicios que eran los que ganaban los hijos con su industria, por donación o por herencia de sus madres, ascendientes maternos o de extraños, o por don de la fortuna, sobre estos bienes los padres tenían el usufructo, pero la propiedad correspondía al hijo; el otro castrense, se componía por aquellos bienes que el hijo ganaba en el servicio militar o en la Corte del Rey, en ellos los padres no tenían derecho alguno y los hijos podían disponer de los mismos libremente; pero después de la Ley 6 del Toro, el hijo que tenía a un padre o ascendiente no podía disponer sino de una tercera parte de sus bienes, por actos entre vivos o por testamento, el cuasicastrense era aquel que formado por bienes que el hijo ganaba en la enseñanza, en la judicatura, escribanía, en otro oficio o empleo honorífico, o por donación de su señor, sobre los cuales tenía el mismo derecho que en los castrenses.

Finalmente es el Profesor José María Álvarez quien en su obra "Instituciones de Derecho Real de Castilla y las Indias", expone: " La patria potestad acaba por las siguientes causas:

- Por muerte de quien la ejercía.
- Por muerte civil del mismo a consecuencia de una condena de trabajos forzados de por vida o destierro, confiscación de bienes, lo que se llamaba deportación, a diferencia de la relegación, que era destierro sin confiscación ni pérdida de dignidades.
- Por estar el padre encartado, es decir, que habiendo sido condenado a ser deportado o relegado se hallaba prófugo.
- Por incesto o por haber contraído matrimonio con pariente dentro del cuarto grado, sin haber obtenido licencia.
- Por haber obtenido, el hijo, alguna otra dignidad de las que conforme a la Ley traía la emancipación.

³²Esquivel, Obregón Toribio, Apuntes para la Historia del Derecho en México, T.III, Ediciones Nueva España, México 1943, pág.96

- Por casarse y hallarse el hijo in facie ecclesiae.
- Por emancipación, perdida la patria potestad sólo podía el hijo volver bajo ella si hubiere sido ingrato para el padre, injuriándolo de palabra o de hecho".³³

De lo anterior, podemos concluir que en este periodo del México Colonial, la figura de la patria potestad ya no es concebida como el poder absoluto de los padres para con los hijos, pues va perfilándose como una institución con matices tuitivos en beneficio de los menores; no obstante, no deja de tener una clara influencia romano-española.

EPOCA INDEPENDIENTE. En la primera década del siglo XX se manifiestan en el país claros síntomas de un desequilibrio social, económico y cultural, cuyos orígenes se remontan a la época colonial; comienza a perfilarse el movimiento social de independencia que exigió un cambio radical en la estructura constitucional de la Nación, y en todo el orden jurídico, no solo en el derecho público, sino también en el derecho privado.

Para la mejor comprensión de este rubro nos remitiremos a las obras de los Profesores Ramón Sánchez Medal "Los Grandes Cambios del Derecho de Familia en México y "La Familia" de Rogelio Alvarez.

Entra en México la vida independiente, con un sinnúmero de fuerzas contradictorias en juego, los criollos que querían independizarse de la Península Ibérica y que posteriormente lucharían contra los ideales socialistas de Hidalgo y Morelos; la antirreligiosidad que se tradujo en un exagerado laicismo determinaron entre otros factores que la independencia mexicana como la de los demás pueblos hispanoamericanos fuera un hecho de difícil interpretación.

Las primeras Constituciones, la de Cádiz de 1812 aún y cuando no tuvo vigencia en la Nueva España, y la de 1824 se ocuparon principalmente del orden público; en el derecho de familia continuaron vigentes las disposiciones españolas.

Diversos fueron los intentos de recopilación, sin embargo, solo se encuentran Leyes aisladas, es con las Leyes de Reforma que se introducen profundas modificaciones al derecho legado por la Colonia, y que dan a nuestra legislación civil una orientación radical como consecuencia del triunfo de los liberales

³³ Alvarez, José María, Instituciones de Derecho Real de Castilla y las Indias, T.I, Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. 1982, pág.171-173.

Surge el periodo de codificación, el cual presenta dos épocas perfectamente definidas, la de los Códigos de tipo clásico que fueron el de 1870 y 1884, y la del actual Código de 1828.

Los Códigos clásicos, si bien acogieron los principios liberales derivados del movimiento reformista, dieron en lo demás cabida a todo el sistema del derecho civil, que quedó consagrado por vez primera en Francia con el Código de Napoleón.

El Código de 1870, reconoce como antecedentes inmediatos el proyecto del jurista español García Goyena y el que formulara en México Justo Sierra padre. Este Código fue modificado años después en 1884. Ambos Códigos Civiles atribuían solo al hombre el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos; presumían la existencia de la sociedad respecto de los bienes en el matrimonio; no aceptaban la disolución del vínculo conyugal ni reconocían la adopción; usaban el término de espurios para los hijos nacidos fuera de matrimonio, los cuales no podían ser legitimados.

Es en 1910 cuando vuelve a ocurrir la misma situación que había sucedido en el siglo anterior durante la etapa reformista. El movimiento popular conocido como la Revolución Mexicana, al igual que en todos los campos de la vida social introdujo cambios fundamentales en el concepto tradicional de la familia. Por decreto del 29 de diciembre de 1914, Venustiano Carranza, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, introdujo una reforma en el sentido de que el matrimonio podía disolverse durante la vida de los cónyuges, por mutuo y libre consentimiento, o por las causas graves que establecieran las Leyes locales, dejándolos hábiles para contraer una nueva unión legítima.

El Presidente Carranza, anunció al Congreso Constituyente que iniciaría Leyes "para establecer la familia sobre bases más racionales y justas, que eleven a los consortes a la alta misión que la sociedad y la naturaleza ponen a su cargo".³⁴ Efectivamente, el 9 de abril de 1917 se expidió la Ley sobre Relaciones Familiares, la cual rompe con el tradicionalismo, considerando que las ideas modernas sobre igualdad, ampliamente difundidas y aceptadas en casi todas las instituciones sociales, no han llegado a influir en la familia, crea entre otras la de divorcio y transforma el reconocimiento de los hijos naturales.

Esta Ley, que aunque no tuvo el carácter de federal, fue adoptada en el Distrito y Territorios Federales y en varios Estados de la República, postuló bases de igualdad y reciprocidad entre los esposos; en materia de bienes estableció un régimen absoluto de separación cuando éstos estuvieran indivisos; se dispuso que el patrimonio familiar fuera

³⁴ Sánchez, Medel Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México, Porrúa S.A. pág. 61-64.

administrado de común acuerdo, y que cada uno de los cónyuges conservara la administración y propiedad de sus bienes personales, así como de los frutos de estos, y la completa capacidad para contratar y obligarse; podía la mujer coadyuvar al sostenimiento de la familia, pero el trabajo no debía alejarla del cumplimiento de su primer deber: el cuidado directo de los hijos y del hogar.

Referente a la patria potestad, se entendió como un conjunto de deberes que la naturaleza impone a los cónyuges en beneficio de la prole, pues ambos progenitores están igualmente interesados en el porvenir de sus hijos y ambos tiene sobre ellos derechos y obligaciones, aún cuando es la madre quien por razones naturales se ha sacrificado más por el hijo que el mismo padre y ordinariamente le tiene más cariño.

Se renovaron los requisitos para contraer matrimonio, se aumentó a 21 años la edad requerida; se estableció la adopción como un medio de hacer ingresar a la familia a un hijo que no fuera naturalmente de los esposos, llenando así las aspiraciones de los matrimonios que no hubiesen procreado; mejoró notablemente la situación de los hijos naturales al desaparecer la clasificación de espurios y facilitarse su reconocimiento y legitimación, otorgándose los derechos para llevar el apellido de quien los reconoce, ser alimentados y percibir la porción hereditaria en las mismas condiciones que cualquier otro hijo.

En 1928 fueron abrogados el Código Civil de 1884 y la Ley sobre Relaciones Familiares, al expedirse el nuevo ordenamiento que actualmente nos rige; quedaron abolidas todas las disposiciones discriminatorias para la mujer, y consagrados y perfeccionados los derechos que la Revolución le había concedido. En este Código se estableció la equiparación de las causales de divorcio en lo que se refiere al hombre y a la mujer, se confirmó la separación por mutuo consentimiento y la igualdad ante la Ley de los hijos legítimos y los naturales.³⁵

Teniendo en cuenta las consideraciones históricas anteriores, podemos advertir que es en el derecho romano donde se origina la institución de la patria potestad, el cual en principio y en forma conjunta con el derecho mexicano nos ha permitido conocer el sentido y transformaciones que dicha institución ha sufrido en el medio jurídico.

³⁵Ibidem, pág. 64.

CAPITULO II.

LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRA LEGISLACION VIGENTE.

De la visión histórica expuesta, pudo claramente advertirse que la institución en estudio ha sufrido diversas modificaciones, sin embargo, la transformación fue lenta; ahora y, procurando delimitarla conceptualmente destacaremos a continuación algunos de sus aspectos más notorios.

CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD

La coexistencia de la autoridad estatal y de la familia, ha debilitado el enérgico poder paterno típico de la familia primitiva, patria potestad significó el poder del padre y, los datos históricos confirman la correspondencia de dicho término con lo sucedido en épocas pasadas, en las que la organización de la familia se sustentaba sobre el poder del padre que lo ejercitaba no solo sobre sus descendientes, sino sobre todo el grupo.

Actualmente, como acertadamente lo sostiene la Profesora Sara Montero la patria potestad dejó de ser patria, pues no es exclusiva del padre sino compartida igual por la madre o a veces exclusiva de ella, o ejercida por los otros ascendientes, por parejas, o por solo uno de los abuelos o abuelas.

Tampoco es potestad que significa poder, toda vez que esta institución no otorga poder, sino se manifiesta por una serie de facultades de quien la ejerce en razón directa de los deberes que deben cumplirse con respecto a los descendientes³⁶

Así la consideración del concepto que de patria potestad ofrece la doctrina mexicana permite la realización de una serie de observaciones, especialmente y a consecuencia de la evolución que se ha operado en el ámbito de las relaciones familiares.

Varias han sido las denominaciones que se le han querido dar a esta figura, tales como: "poder paternal", "de la autoridad de los padres y de las madres", "derechos y deberes respectivos de los hijos y de los padres", etc., no obstante no son pocos los autores que consideran difícil sustituir la expresión patria potestad, pues los intentos de cambio en la legislación comparada no han prosperado, y a pesar de su significado actual

³⁶Montero, Duhalt Sara, Derecho de Familia, Porrúa S.A. México 1984, pág.340.

tan distante a su nombre, la patria potestad sigue llamándose así en la mayoría de los Códigos.

Cierto es en cambio, que nos encontramos con uno de los no poco frecuentes casos en que la denominación de una figura o institución resulta aceptada aunque su expresión no refleje cabalmente su esencia. Es por ello, y a pesar de ser tan distante de su nombre, que nuestro Código Civil vigente conserva dicha denominación.

Patria potestad dice Planiol es "el conjunto de poderes y derechos que la Ley acuerda a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos menores para que puedan cumplir sus obligaciones como tales".³⁷

En sentido similar, Rafael de Pina la define como "el conjunto de facultades que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y los bienes sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlos en la medida necesaria".³⁸

Para otros autores consiste en un poder que tienen los ascendientes sobre la persona y bienes del menor, en tanto alcanza la edad y discernimiento para conducirse y administrar sus bienes. O bien, como el conjunto de derechos que la Ley otorga a los ascendientes sobre la persona y bienes de sus descendientes mientras éstos son menores.

Finalmente Castán Vázquez, la define como "los derechos y deberes sobre la persona y patrimonio de cada uno de los hijos no emancipados, que tiene como finalidad realizar la función natural que incumbe a los padres de proteger y educar a la prole".³⁹

De los criterios que anteceden, se observa la existencia de signos y términos distintivos para la formulación del concepto de patria potestad. Unos, se limitan a precisar que se integra por un conjunto de derechos y deberes, mientras que otros agregan además la finalidad de la institución; existen aquellos que destacan su fuente, señalando en la Ley o en el derecho natural, y finalmente quienes se limitan a caracterizarla como un complejo indisoluble de derechos y deberes.

Sin embargo, podemos claramente advertir la existencia de un rasgo común, consistente en derechos y deberes que tiene por objeto el cuidado de la persona y los bienes de los descendientes menores de edad no emancipados.

³⁷Planiol Marcel, Op.Cit. pág.251.

³⁸Pina, Vara Rafael de, Elementos del Derecho Civil Mexicano, Vol.I, 9a. edición, Porrúa Hnos. México 1978, pág.375.

³⁹Castán Vázquez, Op.Cit.pág.9

Así ha sido el criterio sustentado por Nuestro Máximo Tribunal al concebirla como:

"La patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos y corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la Ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos etc. Cuando en virtud de resolución judicial se priva a una persona de la patria potestad ella pierde los derechos inherentes a la misma, quedando subsistentes únicamente las obligaciones económicas que le incumban..."

Amparo directo 2078/74. 15 de agosto de 1975. Unanimidad de 17 votos.

En estas condiciones y, por lo que cabe al Código Civil vigente para el Distrito Federal y aplicable a las entidades federativas en el orden federal no consigna expresamente una definición o concepto de lo que debe entenderse por patria potestad. No obstante, de la lectura a sus artículos 411, 412 y demás correlativos se desprenden entre otras circunstancias, lo siguiente:

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

ARTICULO 412.- Los hijos menores de edad no emancipados estan bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la Ley.

ARTICULO 413.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos..."

Al respecto, es pertinente señalar que el Código Civil para el Estado de Puebla, si conceptualiza tal institución puesto que en su artículo 597 textualmente prescribe.

" ARTICULO 597.- La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que reciprocamente tienen por una parte el padre y la madre, y por la otra los menores no emancipados y cuyo objeto es la guarda de la persona y bienes de estos menores así como su educación".

De lo anterior, claramente se colige que el vínculo jurídico de la patria potestad se origina entre los padres y cada uno de los hijos menores no emancipados; que la paternidad y por consecuencia la maternidad implica la misión de proteger y educar a los hijos, y que esta educación se lleva a cabo mediante derechos y deberes conocidos como patria potestad.

NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD.

Es evidente que en el proceso de evolución todos los derechos han sufrido limitaciones en mayor o menor grado, inclusive la patria potestad.

La evolución de la patria potestad ha operado hacia una marcada limitación de los derechos absolutos que ella concedía a la vez que se ha anexado a ellos el concepto de deber. En la actualidad se denomina a estos derechos "de doble funcionalidad con el nombre de potestades funciones".

A partir de la época romano helénica y el derecho Justiniano y como consecuencia de las relaciones sociales cambiantes, la patria potestad evoluciona de derecho absoluto a una relación, poder deber. En tanto que, en el derecho romano y en la edad media la organización familiar se asentaba sobre el pater familias amparado por el mandamiento cristiano "honrarás a tu padre y a tu madre", en el derecho moderno se entiende por patria potestad las obligaciones y poderes del padre, teniendo siempre en vista la protección y educación del hijo.

Es precisamente, esta última característica que distingue a la patria potestad y la que ha llevado a los juristas e incluso filósofos ha tratar de explicar su especial conformación.

Así Hobbs⁴⁰ aduce que "el estudio y naturaleza de la institución, se concreta a que el poder derivado de la patria potestad proviene de la generación, por lo que correspondería a la madre, pero dado que ella está sometida al marido, es éste quien detenta el poder derivado pero absoluto."

Por su parte Looke⁴⁰ expresa que "el poder paterno es el origen, y considera que lo que sujeta al hijo al padre es su debilidad e ignorancia, por lo que éste debe protegerlo y educarlo hasta que el hombre se transforme en un ser libre", es decir que conoce o es capaz de conocer las leyes naturales; sostiene además que el poder paternal es más deber que autoridad, el padre debe hacer todo lo posible al desenvolvimiento físico e intelectual del sujeto a patria potestad y en caso de abandono o atentado contra su integridad, la sociedad está obligada a hacer cesar ese poder que detenta el padre. Llegando el hijo a la plena capacidad la relación paterno-filial se invierte y, es el hijo el que tiene deberes de reconocimiento, protección y amparo hacia sus padres.

Se ha señalado, así mismo que la patria potestad es un conjunto de poderes a los que corresponden otros tantos deberes, en los cuales se actúa orgánicamente la función

⁴⁰Citados por Carpintel de Wendy, Op.Cit.797.

confiada a los progenitores de proteger, educar, instruir al hijo y cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar.

Para otro sector de la doctrina, cuyo principal expositor es Antonio Cicu,⁴¹ la patria potestad constituye un poder familiar, esto es "un medio para cumplir un deber, que el poder está atribuido como consecuencia de un deber jurídico preexistente", de modo que el interés jurídico tutelado ya no es solo del individuo y su derecho subjetivo, sino de la familia como unidad". En este aspecto el mismo autor ha puesto de relieve que por un lado se tiene el derecho de reivindicación o derecho de reclamación que corresponda al padre, contra quien ilegítimamente detenta el poder, y por otro lado el derecho de ejercitar la patria potestad o ser puesto en condiciones de ejercitarla, por lo que en todo caso es derecho familiar ligado inseparablemente a los intereses del hijo es decir, al defender el propio derecho el padre defiende el interés del hijo elevado a interés superior.

Emparentada con tal posición, María Méndez Costa citada por D'Antonio Hugo Daniel en su obra "Derecho de Menores", pág. 173, sostiene que "la institución familiar que conjuga los más numerosos derechos subjetivos de doble funcionalidad, es la patria potestad, ya que quien la inviste goza de verdaderos derechos subjetivos para el cumplimiento del deber hacia los hijos."

Asimismo, para Cafferata citado por el propio autor en la obra referida, la patria potestad participa de la doble naturaleza "potestad-función y derecho natural", puesto que la circunstancia de que si a esos poderes se les reconoce el carácter de potestades, es precisamente porque su ejercicio no es facultativo sino obligatorio.

En tal virtud, si bien es unánime el reconocimiento del origen natural de la patria potestad, en algunos aspectos de la institución se otorga a este carácter tal primacía que pretende explicarse con ello su esencia y fundamento.

Por otra parte, Vidal Taquini, citado por Castán Vázquez, (Op Cit.pág.191) ha destacado que la patria potestad es una emanación del derecho natural y que los poderes surgen de la realidad biológica; es decir, que la patria potestad es un derecho natural que descansa en el último eslabón de una posición exclusivamente biológica. Este criterio lo sostiene una acepción en el sentido que si la patria potestad fuere concebida como un derecho natural, quizá podría ser ejercitada con más libertad y la transgresión a los deberes legales no daría lugar a sanciones tan graves como su pérdida.

⁴¹Cicu, Antonio, El Derecho de Familia, Traducción Ediar-Editores, Buenos Aires 1957, pág.131.

Por último y analizando lo expuesto, quizá la teoría más aceptada en la actualidad, es aquella que la concibe como una función social que no solo entraña el cumplimiento imperativo de deberes previstos en beneficio de los menores, sino también, que aquellos sean desempeñados observando los fines que les competen. Esto es, que "más que derechos de quienes la ejercen, se justifican en tanto que son necesarios para el cumplimiento de los deberes que les corresponden, pues la facultad y obligación, la potestad y el deber, en la institución a estudio no se encuentran como ocurre en otras figuras jurídicas, es decir en una situación de oposición, y no corresponde el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder se ha conferido para el cumplimiento de un deber.⁴²

Esto es, si se analiza la patria potestad a través de las normas que la regulan, su carácter de función social surge con toda evidencia y notoriedad.

El artículo 422 del Código Civil vigente, establece que los titulares tienen el derecho-deber de educar a los sujetos a la patria potestad, contemplándose también la obligación de hacerlo "convenientemente". En caso de incumplimiento de tal obligación, previo aviso de los Consejos Locales de Tutela deberá informarse al Ministerio Público para que ejercite las acciones correspondientes.

Por su parte, el artículo 423 del ordenamiento legal en cita otorga la facultad a los que la ejercen de corregirlos teniendo la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

A su vez, el numeral 444 establece las causas por las que se pierde la patria potestad, consignando como hipótesis no solo el incumplimiento, sino el mal ejercicio de sus deberes.

El derecho de guarda se relaciona con el deber de educación, con el que también está el derecho de corrección (art. 423 del C.C.). Del mismo modo la asistencia entendida en sentido amplio, ya que no se reduce a proporcionar alimento, sino que implica protección para la plena formación física y espiritual; así el derecho de vigilancia con el deber de guarda, y el de educación al igual que el derecho de respeto y obediencia.

Por otra parte, las facultades de representación y administración están relacionadas con el deber de cuidar a la persona y bienes del menor, y el derecho de usufructo afecto a la obligación alimentaria en primer término, teniendo como fundamento motivos de solidaridad.

⁴²Castán Vázquez, Op.Cit.pág.55.

De lo anterior, se advierte la íntima correlación de los derechos y los deberes que conforman la institución, puesto que en la mayoría de los casos, sino es que todos, a cada derecho corresponde el cumplimiento de un deber, y en cada uno de ellos existe un interés múltiple que considerar.

Visto lo que antecede, podemos validamente afirmar que en la patria potestad confluye una conjunción de intereses, en los que aparecen comprometidos el orden social general y el bien común:

- a) Del menor, a recibir una formación íntegra que conlleve a su pleno desarrollo moral e intelectual;
- b) De los padres, a realizarla;
- c) De la sociedad, a que quien se incorpore a ella sea un elemento útil; y
- d) Del Estado, a que ese proceso se cumplimente en forma normal y de manera íntegra.

No obstante, la discusión doctrinaria que la institución en estudio provoca, obedece a nuestra opinión a la falta de adecuación de las normas a la realidad que ésta ofrece, y a su difícil aceptación por parte de la doctrina que pretende sustentarla en otras teorías jurídicas. Como ejemplo cabe mencionar a las legislaciones argentina y española, "las cuales se han encaminado principalmente a configurar el poder paterno como una institución protectora de los menores, porque la patria potestad es hoy beneficio de los hijos".⁴³

En síntesis y al menos doctrinariamente, la patria potestad es considerada como una función social que tiene como fin primordial la protección de los menores ya que está constituida en interés del sujeto pasivo.

En tal sentido, e independientemente de las diferencias señaladas, resultan claras las siguientes afirmaciones vertidas por Rafael Rojina Villegas. "Los derechos que se otorgan a los padres, o en su caso a los abuelos sobre los hijos o nietos menores de edad son derechos funcionales, es decir, facultades de ejercicio obligatorio que solo se les conceden en la medida necesaria para cumplir con el conjunto de deberes jurídicos que impone la patria potestad. Se trata por consiguiente de los llamados derechos del obligado, en consecuencia tales derechos nunca podrán ejercitarse libremente, sino solo con la naturaleza y finalidades de la función social encomendada a los padres para educar, proteger, representar y alimentar a sus hijos".⁴⁴

⁴³D'Antonio Daniel Hugo, Derecho de Menores, 3a.edición, Astrea, Argentina 1986, pág. 168.

⁴⁴Rojina, Villegas Rafael, derecho Civil Mexicano, T.I, Vol. II, Porrúa S.A., pág. 90.

Esto es porque en la patria potestad no se puede custodiar o no, educar o no, asistir o no, así como tampoco es posible ejercitar estas potestades con independencia de la finalidad para la que son concedidas, que es el desarrollo integral del menor, para su plena formación psíquica, física y espiritual.

De tal manera, que si los titulares la ejercen bien deben ser respetadas, pero sino las desempeñan o lo hacen lesionando los intereses del menor, los órganos de control pueden y deben de acuerdo a la gravedad de sus conductas, reencauzarlos en su cumplimiento o separarlos temporal o definitivamente de las funciones que les fueron encomendadas.

CARACTERES DE LA PATRIA POTESTAD

De ese complejo de derechos y deberes que conforman la patria potestad se desprenden los siguientes caracteres:

a) Es un cargo de interés público.- Esto por el contenido social de que está investido, pues se encuentra regulado por normas que deben ser consideradas de orden público.

Es decir, la actitud de proteger, velar, educar y observar el interés y bienestar de los hijos deriva en primer término de la naturaleza misma, generalmente los progenitores asumen su responsabilidad como tales en forma espontánea, entregada al bienestar familiar y de los hijos.

Es debido quizá al instinto de conservación de la especie misma que se da la protección de los hijos de manera natural, ya que al ser la vida un valor por excelencia, sustento de los demás que componen la existencia humana, es el Derecho el medio como instrumento de convivencia, entre cuyos fines está el regular las relaciones humanas, entre ellas la protección de los desvalidos elevándolas a conductas de interés público⁴⁵

Algunos autores ponen de manifiesto que la patria potestad es institución de orden público, por ejemplo Jossierand señala que "la patria potestad constituye una de las bases de la familia y es parte integrante del estado de las personas, por lo que no podría ser ampliada ni reducida por la voluntad de los interesados, y sobre todo no puede ser objeto de abdicación por parte del padre."⁴⁶

⁴⁵Montero Duhalit, Op.Cit.pág.342.

⁴⁶Jossieran Luis, Derecho Civil, Traducción de Santiago Conchello y Manterola, T.I. Vol.II, Ediciones Jurídicas Europeas, Buenos Aires, pág.435.

Por su parte, Cicu (Op.Cit.pág.138) nota que estando estrechamente conexos en el instituto de la patria potestad el interés del estado, de la familia y por consecuencia de la sociedad, es necesario que la misión confiada al padre de familia asuma un carácter de importancia social, de donde procede la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre la patria potestad.

Es por ello, que se considera que el conjunto de derechos y deberes que componen esta institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, en tanto éstos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse así mismos, es de interés público al establecerlo la Ley como un cargo irrenunciable.

b) Irrenunciable. Expresamente el artículo 448 del Código Civil vigente establece: "ARTICULO 448.- La patria potestad no es renunciabile, 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 su desempeño".

De lo anterior, se concluye el carácter irrenunciable de la patria potestad, y que los llamados a ejercerla solo pueden excusarse en los casos que señala el citado artículo.

Al efecto, Castán Vázquez opina que la renuncia del padre a la patria potestad supondría el incumplimiento del deber de protección a él atribuido.

En este orden dado el interés público comprometido sería de aplicarse el artículo 6 del Código Civil, en cuanto dispone que solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros.

En el derecho comparado, se muestra una opinión generalizada de la irrenunciabilidad de la patria potestad. Así, en Francia a través de la Jurisprudencia se ha declarado que los derechos de la patria potestad son de orden público y no pueden ser modificados por convenciones particulares realizadas mediante el contrato de matrimonio, por los padres o por el menor con un tercero, "pues las convenciones que tengan por fin limitar o modificar la aplicación de las reglas relativas a la patria potestad serán radicalmente nulas".⁴⁷

En el derecho alemán, la doctrina ha considerado que siendo el cuidado de la persona del hijo no solo un derecho sino también un deber, el padre no puede renunciar a él como tampoco puede renunciar a la administración de los bienes del hijo

⁴⁷Castán Vázquez, Op.Cit.pág.38.

Finalmente, como atinadamente lo expone la profesora Sara Montero, en su obra "Derecho de Familia", pág. 343, la emancipación no entraña verdadera renuncia del padre, sino tan solo la afirmación de no ser necesaria ya la institución protectora de la patria potestad respecto a un menor que reúne determinadas condiciones.

De lo expuesto, hay que considerar nula cualquier renuncia a la patria potestad contenida en convenciones de los padres o del menor con un tercero, nulos serán, por consiguiente, los acuerdos de este tipo contemplados en Convenios de separación entre los cónyuges.

c) Intransmisible. Junto a al nota de irrenunciabilidad y por las mismas razones se señala el carácter intransmisible. Esto es, porque los derechos y deberes que la integran están fuera del comercio, no pudiendo cederse ni en todo ni en parte, y porque tampoco puede ser delegada ni ejercida por apoderado ni representante legal.

Podemos claramente afirmar que casi todas las relaciones de tipo familiar son de carácter personalísimo, y por ello no pueden ser objeto de comercio, ni transferirse por ningún título oneroso ni gratuito.

Sin embargo, cabe mencionar la posibilidad de que el padre delegue en un tercero derechos concretos derivados de la patria potestad, el ejemplo claro que al respecto se cita es cuando un padre interna al hijo en un colegio, hipótesis en la que se vale de terceros para ejercer el derecho y el deber de custodiarlo y educarlo. En este caso, se observa que al ser la educación útil y necesaria para la formación del menor debe entenderse tal derecho en un sentido más amplio a la mera instrucción, por lo cual no podría decirse que se vale de terceros para ejercer el deber de educación sino solo un aspecto de la misma.⁴⁸

Por lo tanto, tampoco existe inconveniente en que el padre otorgue poder a un tercero para que ejerza la representación del titular, en un determinado acto jurídico referente a la persona o bienes del menor.

No obstante lo anterior, se permite una forma de transmisión derivada de la figura de la adopción, es decir, cuando un menor de edad está sujeto a la patria potestad y los que la ejercen (padres o abuelos) otorgan su consentimiento para que el hijo o nieto sea dado en adopción, transmiten a través de este acto el ejercicio de la patria potestad que pasa a los padres adoptantes.

⁴⁸Ibarrola, Antonio de, Derecho de Familia. Porrúa S.A. México 1982, pág.369-377.

A excepción de este acto jurídico que tiene que revestir todas las formalidades exigidas por la Ley y previo Acuerdo del Juez de lo familiar, no existe otra forma de transmitir la patria potestad.⁴⁸

d) Imprescriptible.- Retomando las palabras de Messineo, citado por Castán Vázquez en su título "La Patria Potestad" pág. 5 "algunos derechos familiares están sujetos a decadencia, pero ninguno es prescriptible". Por ello la patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción, dado que quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su obligación ni su derecho para entrar a su ejercicio.

Así lo mismo, sucede con aquel sujeto que sin ser padre, madre o ascendiente protege y representa de hecho a un menor, sin que adquiera por el solo transcurso del tiempo este cargo.

A este particular autores como Vives Villamazares citado por Castán Vázquez, en la obra referida pág. 8, comenta un decreto mediante el cual se autorizó al Tribunal Tutelar de Menores a suspender el derecho del padre a la guarda y educación del hijo en los casos de reconocimiento tardío, en los que el tribunal estimó al padre indigno de ejercerlo argumentando que en estos casos se hace presente una especie de prescripción judicial o facultativa, o una decadencia impuesta con el carácter de sanción.

Tales conceptos de prescripción y decadencia resultan inaplicables, en atención a que la prescripción es característica de los derechos reales y personales pero no a los familiares, y el concepto de caducidad o decadencia, por otro lado tampoco parece aplicable porque dicha figura tiene por finalidad fijar el tiempo durante el cual puede ser ejercitado un derecho, operando la extinción de una manera directa y automática, y en el caso de reconocimiento tardío, no se da ni el fin ni el efecto.

Esto es, a criterio personal la patria potestad permite la transmisión como caso de excepción a este carácter, pues si se da la revocación de la adopción, ésta regresa a los ascendientes naturales. Es decir, si el adoptado es un menor que no está bajo la patria potestad de nadie, entrarán a ejercerla quienes lo adopten y no habrá transmisión sino creación de la patria potestad.

Así mismo, tampoco puede considerarse que se extingue por la falta de ejercicio, consecuencia de ello es que si el menor desapareciere o fuere legalmente retenido por un tercero no habría caducidad de los derechos del titular.⁴⁹

⁴⁸Montero Duhalt, Op. Cit. pág. 343.

e).- Temporal. Ello obedece a que este cargo únicamente se ejerce sobre los menores de edad no emancipados. Al efecto basta recordar que la emancipación es una libertad relativa que obtienen los menores de edad sujetos a patria potestad o tutela por efecto del matrimonio.⁵⁰ Sobre el particular Juan Antonio González expone la siguiente definición: "Emancipación es la facultad otorgada por la Ley al menor de 18 años que haya contraído matrimonio para gobernarse por sí mismo y administrar libremente sus bienes con las limitaciones que la propia Ley establece".⁵¹

Esto es, por el hecho de contraer matrimonio el menor se emancipaba, de tal forma que aunque el matrimonio se disuelva, si el cónyuge emancipado es menor, por hipótesis no ha cumplido 16 años, recaerá en la patria potestad (Arts 641 y 643 del C.C.).

Anteriormente, a la reforma sufrida el 28 de diciembre de 1970 se permitía la emancipación por acto de voluntad de quienes ejercían la patria potestad o la tutela sobre los menores de 21 años pero mayores de 18, procedimiento que se instauraba ante el Juez de lo familiar correspondiente, conforme al procedimiento señalado en el Código de Procedimientos Civiles y el cual fue suprimido.

En estas condiciones, podemos afirmar que la patria potestad es un cargo transitorio, que dura tanto como la minoridad de los hijos o hasta que contraen matrimonio antes de la mayoría de edad.

Por consiguiente, la patria potestad tiene como plazo máximo en cuanto a su ejercicio, hasta los 18 años en que se alcanza la mayor edad (Art 646 del C.C.) Esta disposición prevé que la persona llega a la mayor edad a los 18 años, en este sentido, se advierte el hecho jurídico que por alcanzar esa edad se deja de estar sometido a la patria potestad o a la tutela, si durante su minoría se estuvo bajo ella.

f).- Excusable. La Ley permite que en determinadas circunstancias los que ejercen la patria potestad o bien tengan que entrar a su ejercicio se excusen de cumplirla.

En el artículo 448 del Código Civil, antes transcrito además del carácter irrenunciable se prevén aquellos supuestos en los cuales las personas que corresponde ejercerla pueden excusarse.

Dichas circunstancias son totalmente justas, pues es innegable que el cumplimiento de los múltiples derechos y deberes que surgen con el ejercicio de la patria

⁵⁰Baqueiro, Rojas Edgar, Buenrostro Báez Rosalía, Derecho de Familia y Sucesores, Facultad de Derecho U.N.A.M. Haria, México 1990, pág.233.

⁵¹González, Juan Antonio, Elementos de Derecho Civil, 6a. edición, Trillas, México 1975, pág.81-82.

potestad pueden resultar excesivamente fatigosos e imposibles para personas agotadas por la edad o carentes de salud.

Esta excusa se realiza ante el Juez de lo familiar quien determina a las personas que deben entrar en el cargo (padres o abuelos), o si no es posible para nombrar un tutor legítimo o dativo.

Siguiendo a al profesora Sara Montero, (Op.cit. pág.344) se concluye que" la excusa es una facultad tipificada en la Ley pero no es un deber", esto quiere decir que aunque los padres o abuelos rebasen la edad señalada o tengan un estado de salud precario podrán continuar con el ejercicio de dicha institución, si su desempeño es benéfico para el menor.

En esa virtud, la sola edad avanzada del progenitor no puede invocarse por un tercero como una causa forzosa de pérdida de la patria potestad.

SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Sujetos activos que intervienen en el ejercicio de la patria potestad. Llamamos sujeto activo a quien debe desempeñar el cargo.⁵²

La patria potestad en nuestro derecho se rige por diversas reglas que se aplican de acuerdo con la condición en que se encuentren los descendientes.

A diferencia del derecho francés en que la patria potestad no pertenece más que a los padres y nunca a los abuelos, nuestro derecho permite entratándose de hijos de matrimonio que se ejerza primeramente por los padres de manera conjunta, a falta de estos por el abuelo y abuela paternos, y a su falta por el abuelo y abuela maternos Artículo 414 del Código Civil para el D.F..

"ARTICULO 414.- La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce.

I.- Por el padre y la madre

II.- Por el abuelo y abuela paternos

III.- Por el abuelo y abuela maternos".

⁵²Campora, Héctor, Revista Mexicana de Justicia 86, No.4, Vol.IV, octubre-diciembre, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, pág.31.

Lo anterior obedece a que siendo la patria potestad un cargo de derecho privado e interés público, los primeros que deben ejercerla son los padres, toda vez que el propio Código reconoce la igualdad dentro del matrimonio consagrada entre otros preceptos en el artículo 168 de dicho ordenamiento y que establece para ambos cónyuges la autoridad y consideraciones iguales dentro del hogar, así como para la formación y educación de los hijos y administración de los bienes que a estos pertenezcan.

Esto es, la legislación vigente no establece una división de poderes y facultades entre ambos padres, todos los deberes las cargas y los poderes que conforma la Ley para el mejor ejercicio de la patria potestad serán cumplidos conjuntamente por los cónyuges, sea con respecto a la persona y bienes de los hijos, resultando que en caso de disenso deberán acudir ante el Juez de lo familiar, quien resolverá lo que convenga teniendo siempre en cuenta el interés primordial de los menores.

A este respecto, el artículo 420 del Código citado, prescribe que solo si faltare alguna de las dos personas a quienes corresponda ejercerla el que queda continuará en el ejercicio de ese derecho.

Por otra parte y en relación al orden de prelación descrito por el artículo 414, existen opiniones diversas dado que se ha censurado que permanezca esa nota discriminatoria para los abuelos maternos, ya que del contenido del precepto y mismo que el Juzgador tiene que respetar, resulta más rígido en comparación al numeral 418 que permite al Juez de lo familiar determinar el orden tomando en cuenta las circunstancias del caso, es decir, cual de los ascendientes resulta más apto o se halla en situación de satisfacer las necesidades del menor o bien en caso de que este no tenga bienes o si los tuviere, quien debe administrarlos, pero sobre todo deben tomarse en cuenta factores educacionales y morales que incidan en la formación y desarrollo íntegro del menor, incluso si es permisible escuchando a los nietos si ya se encuentran en uso de razón (más de 7 años).

Para los hijos fuera de matrimonio, la Ley establece lo siguiente:

"ARTICULO 415.- 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."

Para tal efecto, nos remitiremos a la lectura de los mismos:

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

ARTICULO 381.- En caso de que el reconocimiento se efectue 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"

A este respecto, aún y cuando será materia de estudio posterior, es necesario distinguir entre la custodia del hijo y la patria potestad sobre el mismo. Entendemos a manera personal por la primera, la tenencia material del hijo para su cuidado y protección, y por la segunda, el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los ascendientes sobre la persona y bienes del menor.

Por tal motivo, si los padres viven separados y ambos han reconocido al hijo, ambos ejercerán la patria potestad pero solo uno tendrá la custodia, así, las decisiones relativas a educación o alimentos corresponden a ambos, pero si solo uno ha reconocido o por cualquier circunstancia deja de ejercerla o bien se separan la ejercerá el otro; en caso de que no se ponga de acuerdo decidirá el Juez teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo (arts. 416 y 417 C.C.).

Así mismo, el numeral 418 establece que 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.

Como se mencionó anteriormente esta norma es más flexible en tanto que otorga un margen mayor de decisión al Juez, ya que permite y queda al arbitrio judicial determinar el orden de los ascendientes que entrarán al ejercicio de la patria potestad según las circunstancias del caso concreto.

Ahora bien, si los hijos fuera de matrimonio no fueron reconocidos por ninguno de

los progenitores y no existe sentencia que establezca la filiación, los hijos se considerarán de padres desconocidos y se les designará un tutor dativo.

De tal forma, se ha llegado a considerar que en este sentido se encuentran mejor protegidos los hijos habidos fuera de matrimonio que los hijos de matrimonio, pues un arbitrio judicial puede lograr una mejor solución que la aplicación de un criterio rígido impuesto por la Ley.

Por su parte y en lo que se refiere a los hijos adoptivos, el artículo 419 del Código referido expresamente señala: "La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten".

Cabe recordar a este particular, que el caso de adopción constituye una excepción al principio de irrenunciabilidad que rige a la institución, en virtud de que aún y cuando no se ha compartido la opinión de que extingue para siempre la patria potestad de los padres, sino que solo la transfiere volviendo a los mismos (arts. 403 y 408 del C.C.), no menos cierto es que aún y cuando es temporal implica la supresión de los derechos y deberes de ella derivados.

Por último, el artículo 420 del ordenamiento mencionado en su primera parte, dispone que solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores.

En conclusión, podemos advertir que en principio y salvo las circunstancias particulares del caso, la patria potestad se ejerce en forma conjunta o compartida, prevaleciendo siempre el interés y bienestar del menor.

Numerosos son los países en el mundo que han adoptado este sistema, entre otros: Francia, Italia, Cuba, Bolivia, Rumania, Hungría, Argentina, etc.⁵³

Sujetos pasivos que intervienen en el ejercicio de la patria potestad. Se denomina como sujeto pasivo de la patria potestad " a aquellos sobre quienes se cumple el cargo".⁵⁴

Atendiendo al numeral 412 del multicitado Código, tenemos que se encuentran

⁵³Vease Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Derechos y Deberes de los Padres incluida la guarda de los hijos, Naciones Unidas, Nueva York, 1969, pág.98-102.

⁵⁴Campora, Op.Cit.pág.36.

bajo la patria potestad los hijos menores de edad no emancipados, mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la Ley.

Son pues, sujetos pasivos los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos, siempre que :

- a) Sean menores de edad; nunca existe patria potestad sobre los mayores de edad.
- b) No estén emancipados.
- c) Exista alguno de los ascendientes de los que la Ley señala para ejercerla, correspondiendo en caso contrario el nombramiento de un tutor.

EXTINCION, PERDIDA Y SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.

EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad se acaba cuando sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las Leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales debe concluir.

Los modos de acabarse conforme al criterio de Rafael de Pina, (Elementos del Derecho Civil pág. 383) se clasifican según que la extingan en sí misma o con relación a las personas que la ejercen en absolutos y relativos, en el primer caso se trata de extinción, y en el segundo de pérdida.

Para otro sector de la doctrina, cuyo expositor es el Profesor Ignacio Galindo Garfias, parece más adecuado llamarlos causas de extinción y de pérdida de la patria potestad, no solo porque su desaparición absoluta se da únicamente en el primer caso, sino también porque en los supuestos de pérdida, en algunos ordenamientos legales existe la posibilidad de que ella sea recuperada por el titular privado de la misma, por lo que no podría hablarse de extinción y mucho menos relativa.

El artículo 443 del Código Civil, establece que la patria potestad se extingue o se acaba con la muerte del que la ejerce, sino hay otra persona en quien recaiga, por la emancipación ocasionada o derivada del matrimonio del menor, y por la mayoría de edad de quien se encuentre bajo la misma

En el primer supuesto, se contempla el caso de fallecimiento del titular sin que pueda ser llamado a ejercerla alguno de los designados por la Ley (arts. 414 y 418 del C.C.). Ello puede ocurrir tanto por haber fallecido los mismos, como por haberse excusado, o por haber sido sancionados con la pérdida de la patria potestad.

Entratándose de adopción, la muerte del padre adoptivo de acuerdo al criterio sustentado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, hace que el padre natural recobre su ejercicio sin que sea el caso de nombrar tutor.

Dicho criterio lo deduce el Tribunal, porque aún y cuando el Código Civil no resuelve esta cuestión expresamente, la correcta interpretación de los distintos preceptos y antecedentes que conforman esta materia, lo coligen.

En consecuencia, como la Ley señala limitada y expresamente a las personas que pueden ejercer la patria potestad (los dos progenitores y los cuatro abuelos por parejas o en forma unitaria) cuando ya no exista alguna de estas seis personas o éstas no puedan ejercerla, nadie más la podrá ejercer aunque el hijo sea menor de edad; en este caso se le proveerá de un tutor (art. 449 C.C).

Se ha sostenido a este particular, que la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento del titular procede la extinción de la patria potestad por ser equiparable a la muerte, sin embargo, por ser sus efectos fundamentalmente patrimoniales al punto que no obstante la misma para disolver el vínculo matrimonial, es necesario promover acción de divorcio (art 267 frac. X) se ha considerado que en ella solo opera la suspensión.⁵⁵

En el segundo supuesto, la emancipación a que se refiere la Ley actual por ser el único modo reconocido, es por matrimonio, y significa que el menor que se casa sale de la patria potestad. Al efecto, el artículo 641 del Código Civil vigente, establece que el matrimonio del menor de 18 años produce su emancipación, y aunque el mismo se disuelva el cónyuge menor no recaerá en la patria potestad.

Al igual, el artículo 643 señala que el emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad de la autorización judicial para la enajenación, gravámen o hipoteca de bienes raíces y, de un tutor para negocios judiciales.

Por otra parte, el cumplimiento de la mayoría de edad obviamente produce la extinción de la patria potestad, toda vez que significa que el menor ha alcanzado la edad hasta la cual la Ley ha considerado necesario brindarle la protección que ella implica. Es decir, se considera que al llegar a esta edad la persona ha adquirido la madurez intelectual y discernimiento necesario para determinarse por sí misma a la vida jurídica, disposición fundamental que como elemento señala en que momento la persona como sujeto de

⁵⁵Galindo, Garfias Ignacio, Derecho Civil Primer Curso, Parte general Personas y Familia, 7a. edición, Porrúa S.A. México 1987, pág. 678-679.

relaciones jurídicas puede actuar libremente, siempre y cuando esté dentro de las limitaciones que prevé el ámbito de licitud.

Finalmente y aunque el Código no lo señala, la muerte del sujeto pasivo es también un supuesto de extinción de la patria potestad, ya que cesan tanto sus efectos personales, como porque, sus bienes pasan a quienes son sus herederos.

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

La legislación civil considera que la patria potestad se pierde, cuando por motivos en que aparece culpabilidad del titular en el cumplimiento de sus deberes dispone la Ley su privación.⁵⁶

La pérdida de la patria potestad consagra la concepción que hace de ella un deber, que de no ser cumplido acarrea su privación. Esta importa una sanción, de tal gravedad que las causas que la originan deben encontrarse expresamente señaladas en la Ley.⁵⁷

Los casos en que procede son los siguientes, de conformidad con el artículo 444 del Código Civil:

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

En palabras del profesor Ignacio Galindo Garfias, el término "delitos graves" es impreciso, la doctrina no es unánime, pues un mismo tipo de delitos puede revestir mayor o menor gravedad según el criterio que se siga de la gravedad de la pena que se castigue, la conducta delictuosa, o las circunstancias que concurren para calificar el delito.⁵⁸

Un ejemplo de ello podría ser el caso de violación, en el que el artículo 266 del Código Penal, establece que aún cuando el delito fuera cometido por un ascendiente contra su descendiente, en los casos en que la ejerciere, perderá la patria potestad; o bien los supuestos previstos en los numerales 201 y 203 del mismo Código, que establecen la corrupción de menores, y en los cuales se advierte que cuando el autor sea ascendiente, se le privará de la patria potestad sobre todos sus descendientes.

⁵⁶Comentario al artículo 444 del Código Civil comentado y editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. de la Profra Carmen Mendieta.

⁵⁷Ibarrola, Op. Cit. pág. 373.

⁵⁸Galindo Garfias, Op. Cit. pág. 686.

A este particular, la fracción XII del artículo 24 del ordenamiento señalado, dispone que las penas y medidas de seguridad son: "la suspensión y no la privación de derechos", sin embargo, es claro que el propio Código considera como pena la pérdida de la patria potestad y no sólo la suspensión.

Así también de la fracción prevista, puede advertirse que es necesaria la condena penal y la gravedad del delito, la cual queda sujeta a la apreciación judicial.

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

Esta disposición fue reformada por Decreto de 13 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación, en razón que el cónyuge que pedía el divorcio perdía o se le suspendía del ejercicio de la patria potestad, es decir, porque ello era consecuencia obligada.

Actualmente, el numeral de referencia establece que la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver sobre todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitaciones según el caso, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El Juez observará las normas del Código para los fines de llamar a su ejercicio a quien tenga derecho o en su caso de designar tutor

La norma anteriormente descrita, a nuestro parecer presenta las siguientes consideraciones.

- Otorga a los jueces una amplia facultad decisoria, para resolver lo relativo a los derechos y obligaciones de la patria potestad, pudiendo decretar su pérdida, suspensión o limitación, ello es así, porque el Juez que lo decreta en uso de tal facultad podrá decretar la pérdida de uno o ambos divorciantes.

- Para tales efectos, se impone a los Jueces la obligación de obtener los elementos de juicio necesarios para resolver, ello significa que el Juez puede y debe decretar de oficio las medidas respectivas para decidir por la situación de los menores

- Se impone igualmente la observancia plena de las normas del Código, respecto a quienes tienen derecho para ejercer la patria potestad en el supuesto en que ambos padres fueron privados de la misma, y a falta de ellos, para designar tutor

En general, puede afirmarse que de la reforma efectuada se desprende la tendencia de independizar a la patria potestad de la inocencia o culpabilidad en los juicios de divorcio.

A mayor abundamiento se cita el siguiente criterio jurisprudencial con la salvedad prevista en la nota que al calce contempla:

"PATRIA POTESTAD. NO DEBE SER CONDENADO A PERDERLA EL CONYUGE CULPABLE, CUANDO LA CAUSAL DEL DIVORCIO TOMA SU ORIGEN EN EL ARTICULO 268 DEL CODIGO CIVIL. El artículo 283 del Código Civil del Distrito Federal, no incluye en relación con la pérdida de la patria potestad, la causal del divorcio señalada en el artículo 268, y por ello mismo la aplicación analógica del 283 no es procedente al respecto, ya que la disposición en él contenida solo es aplicable en los casos a que el mismo precepto se contrae, por tener el carácter de norma excepcional respecto a la general relativa a que la patria potestad se ejerce por los padres como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la Ley, aunque por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones, y es bien sabido que conforme al artículo 11 del Código Civil, las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas Leyes. Nota. En virtud de que los artículos 268 y 263 del Código Civil para el Distrito Federal fueron reformados por el decreto publicado en el Diario Oficial, el día 27 de diciembre de 1983, la jurisprudencia en comentario únicamente es aplicable a los casos previstos por los Códigos de los Estados que contienen las mismas disposiciones legales del Código Civil para el Distrito Federal, antes de la mencionada reforma".

Quinta época: suplemento de 1956. A. D. 299/50. Adolfo T. Garza. 5 votos. Tomo CXXV. A. D. 2738/54. Ivenes Bernal Edmundo. 5 votos. Tomo CXXVII. A. D. 2014/55. Manuela Barbosa de Charles. Unanimidad de 4 votos. Tomo CXXXI. A. D. 2967/56. Esperanza de Ornelas. Unanimidad de 4 votos. Sexta época cuarta parte. Vol. XI. A. D. 3880/57. Rodrigo Vázquez Cuellar. Unanimidad de 4 votos.

c) Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la Ley penal.

Cabe mencionar que con las últimas reformas y derogación de los artículos 294 y 347 del Código Penal, que otorgaban impunidad a los padres o tutores que causaban lesiones leves a sus hijos o pupilos, constituye un gran avance en cuestiones de patria potestad, al otorgarle un carácter más humanitario al ejercicio de esta institución, pues se prohibió el abuso del derecho de corregir penalizando a padres o tutores que lesionen a sus hijos o ejerzan sobre ellos violencia física, con lo que ahora todo maltrato de hijos o pupilos cae dentro de la esfera del Código Penal.

Efectivamente como se ha mencionado, no basta la existencia de las costumbres depravadas, malos tratamientos o abandono de deberes, sino que es menester que con tales conductas pudiere comprometerse la salud, moralidad y seguridad de los hijos, por lo tanto es necesario se configuren los dos elementos

Con relación a las costumbres depravadas podrían ser por ejemplo, los casos de vida sexual licenciosa y promiscua de los padres con otras personas en el domicilio conyugal. Los malos tratamientos podrían consistir en castigos excesivos o crueles, abarcando tanto los malos tratos físicos, como toda acción denigrante para la persona del hijo y el abandono de deberes en el cumplimiento de la obligación de guarda, educación, asistencia, etc.

En general, podría decirse que se trata de conductas que colocan al menor en peligro material o moral, con independencia de que no se hayan realizado con esa intención.

Por otra parte, si bien la fracción únicamente se refiere a padres expresamente, es innegable que comprende a todos aquellos ascendientes que la ejerzan

Sirven de apoyo, los siguientes criterios sustentados por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

"PATRIA POTESTAD. " COSTUMBRES DEPRAVADAS" COMO CAUSA DE SU PERDIDA.- Para que se actualice la causal de pérdida de la patria potestad consistente en que uno de los padres realiza costumbres depravadas debe incurrir en conductas reiteradamente viciosas, que pueden alterar o corromper la salud mental, la seguridad, la moralidad o la educación del menor, lo que se deriva de los conceptos de costumbre y de depravada, pues el primero significa "una manera de obrar establecida por un largo uso o adquirida por la repetición de actos de la misma especie" y el segundo, "demasiadamente viciada".

Amparo directo 5045/85. Carlos Cardosa Duarte. 15 de enero de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Dario Carlos Contreras R.

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, pues precisamente 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. Ramón Palacios Vargas. Secretario: Carlos A. González Zárate.

PATRIA POTESTAD, ABANDONO DE LOS DEBERES PARA CON LOS HIJOS COMO CAUSA DE SU PERDIDA. - Para acreditar la causal de pérdida de la patria potestad consiste en que uno de los padres abandonó sus deberes para con sus hijos, como son los de dar alimentos, cuidado y educación, es suficiente reconocimiento que de tal abandono haga el obligado en la contestación de la demanda o en el desahogo de la prueba confesional a su cargo, en virtud de que con la aceptación y ante la ausencia de pruebas que acrediten lo contrario, queda debidamente probado el abandono de esos deberes, porque éste comprometió la seguridad, la integridad física y la salud del menor, además que legalmente existe la obligación en su caso, hasta de consignar ante la autoridad competente, las cantidades de dinero necesarias para los alimentos, cuidado y educación de los menores.

Amparo directo 5042/86. María Estela Reyes Zurita. 15 de enero de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Dario Carlos C. Reyes".

d) Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de 6 meses.

Son hijos expósitos de acuerdo a la definición dada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo Directo 5030/67. Tercera Sala, Informe 1968. pág.18, Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes Actualización Civil pág.331 " aquellos menores dejados por sus padres en la puerta de un establecimiento público, o de una iglesia o en la vía pública, guardando el incógnito que impide la identificación".

Sin embargo el abandono de menores, también se encuentra tipificado como delito en el capítulo VII, artículo 343 del Código Penal, bajo el título " Abandono de personas": Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos a un niño que esté bajo su potestad, perderán por ese solo hecho, los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito.

En tal virtud, el abandono de los menores implica independientemente de la sanción que conforme a la legislación penal proceda la supresión total de los deberes de cuidado, alimentación y educación que tienen los titulares, siendo necesario que se prolongue por más de 6 meses. Además debe existir la intención de abandonar, pues no podrían configurarlo supuestos como el de guerra, catástrofe, enfermedad, etc.

De modo que no se incurre en esta causa, cuando por un estado de necesidad se dejan a los hijos temporalmente en poder de un tercero, ni en los supuestos de entrega temporal de uno de los padres realizada por convenio.

Al efecto, cabe señalar las siguientes tesis:

"PATRIA POTESTAD, EL QUE LA MADRE TRABAJE Y ESTUDIE NO IMPLICA ABANDONO DE DEBERES - El hecho de que el juicio de pérdida de la patria potestad demuestre que la madre permanece fuera de su casa durante determinadas horas de día, destinadas a desempeñar su trabajo y a estudiar, de ninguna manera puede considerarse que configure el abandono de deberes como causal de pérdida de la patria potestad puesto que su ausencia se encuentre razonablemente justificada, por tener como finalidad la de cumplir con las tareas que pueden proporcionarle lícitamente los medios económicos para subsistir y obtener los recursos que le permitan dar vivienda, educación y sustento a los menores, así como de superarse para estar en mejores posibilidades de afrontar sus responsabilidades"

Amparo directo 5401/87. Ofelia López Mínbela. 13 de enero de 1988. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela Gúitron. Secretaria: Lourdes Ferrer Mc Gregor P.

"PATRIA POTESTAD, LA ENTREGA DE LOS MENORES A CUALQUIERA DE LOS PADRES, NO CONFIGURA EL ABANDONO COMO CAUSAL DE SU PERDIDA SI EXISTE CONVENIO ENTRE LOS CONYUGES.- Este Alto Tribunal ha sostenido que cuando la entrega temporal de los menores al padre se realiza por virtud de convenio entre los cónyuges, no cabe atribuir a la madre abandono que implique las consecuencias perjudiciales para aquellos casos de que hablan las fracciones II y IV del artículo 444 de Código Civil para el Distrito Federal, similares a las mismas fracciones de artículo 441 del Código Civil para el Estado de Baja California; sobre todo si dicho progenitor no tenía obligación de ministrar alimentos al menor".

Amparo directo 7020/86. María Luisa Rosas Vda. de Valdéz y otros. 3 de diciembre de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretaria: Hilda Cecilia Martínez González. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

Al igual que la fracción anterior ésta debe ser referida a todos los ascendientes y no solo a los padres

Por último, es dable reiterar que la privación de los derechos inherentes a la patria potestad, es una sanción de suma gravedad, que las causas que dan lugar a la misma deben ser plenas e indiscutibles que justifiquen dicha privación

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado en el informe de 1978, número 108 página 71, la siguiente tesis

"PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA.- La pérdida de la patria potestad es una sanción de notoria excepción, toda vez que lo normal es que la ejerzan siempre los padres y consiguientemente las disposiciones del Código Civil que establecen que las causas que la imponen deben considerarse como de estricta aplicación de manera que solamente cuando haya quedado probada una de ellas de modo indiscutible se suscitara su procedencia; sin que puedan aplicarse por analogía, ni por mayoría de razón; por su gravedad de sanción trascendental que repercute en los hijos menores".

Los efectos de pérdida de la patria potestad implican la privación al o a los titulares culpables de todos los atributos que la integran. Sin embargo, siguen obligados a dar alimentos (arts. 303 y 285 del C.C.) y los sujetos pasivos les deben respeto (arts. 411); toda vez que el vínculo de la filiación no se rompe. Es decir, cuando en virtud de resolución judicial se priva a una persona de la patria potestad ésta pierde los derechos inherentes a la misma, quedando subsistentes únicamente las obligaciones económicas.

Con relación a los efectos, autores como Ignacio Galindo Garfias analiza, si existe pluralidad de sujetos pasivos a fin de determinar si la pérdida entraña a todos ellos, se ha considerado hacer la distinción de los diferentes supuestos que la causan.

Existen causales que son de evidente aplicación para todos los que se encuentran bajo ella como por ejemplo, las condenas por dos o más delitos graves. También hay aquellas que podrían afectar a uno solo de los sujetos pasivos, como son los malos tratamientos, abandono de deberes o bien exposición y abandono del menor.

Por último y en conclusión, el Código Civil para el Distrito Federal en vigor, nada dice respecto a una eventual recuperación por parte de quienes se les priva de ella, debiendo considerar que su pérdida es definitiva.

Para algunos estudiosos, principalmente de la Doctrina Española no obstante existen casos como los contemplados en la fracción III del artículo 444, que pueden ser enmendados por sus autores, ya que pudieron ser realizados sin intención de perjudicar a los menores y de hecho no los hubieren perjudicado. Un claro ejemplo es Castán Vázquez al señalar: "Estas desviaciones a los deberes que impone esta institución tuitiva, si bien deben ser sancionadas no pueden implicar un castigo sin posibilidad de revisión, ya que a ella se opone el derecho que tiene el ser humano de redimirse, así como el de los menores de gozar de la formación que por razones de proximidad se deben."⁵⁹

En nuestra opinión no compartimos del todo dicho criterio en virtud que el precepto es claro y tajante al señalar, "costumbres depravadas", "malos tratamientos" "abandono"; circunstancias que en la realidad difícilmente se enmiendan, pues simplemente de la conceptualización de costumbres se advierte que son conductas o maneras de obrar establecidas por un largo uso o adquiridas por la repetición de actos de la misma especie, las que casi nunca desaparecen. Manifestando una vez más que basta con que se coloque al menor en peligro material o moral para que se tipifiquen tales conductas.

⁵⁹Castán Vázquez, Op.Cit.pág.341.

Sirve de apoyo el criterio sustentado por los Tribunales Colegiados de Circuito y que a la letra dice:

"PATRIA POTESTAD, BASTA LA POSIBILIDAD DE QUE EL MENOR RESULTE AFECTADO EN LOS DERECHOS QUE LA LEY PROTEGE PARA QUE SE PRODUZCA LA PERDIDA DE LA.- Son tres los elementos de la acción de pérdida de la patria potestad a que se refiere la fracción III del artículo 444 de Código Civil, a saber: a) Que quien ejerza la patria potestad tenga costumbres depravadas, de malos tratamientos a los hijos o abandone sus deberes para con ellos; b) Que pueda comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos; c) La relación de causa afecto entre el abandono de los deberes de los padres y el daño que puedan sufrir los hijos. Desentrañando el sentido exacto de la norma, se desprende que para que se surta la hipótesis legal de pérdida de la patria potestad en estudio, no se requiere que el menoscabo en los derechos del menor, que la ley protege, se produzcan en la realidad, pues para ello basta que con el proceder del padre incumplido, se genere la posibilidad de que se ocasionen esos perjuicios. De esta forma, para determinar si se actualiza o no la causa de que se trata, es preciso que el mismo se aprecie tomando en consideración tan sólo las probables consecuencias que racionalmente pudieron haberse ocasionado en perjuicio del menor con la conducta del padre, sin que se deban considerar las demás circunstancias que hayan acontecido en la realidad o los efectos que dicha conducta haya producido, pues al establecer el precepto de referencia el vocablo "pudiera", impone la obligación de hacer la valoración del caso, en función únicamente de las consecuencias que realmente haya causado, toda vez que no necesariamente hay identidad entre lo que ocurrió y lo que pudo ocurrir que para tal efecto obste el hecho de que en el momento de emitir el juicio correspondiente, ya se hubieran conocido las consecuencias de la conducta impugnada y que ésta no haya producido perjuicio alguno al menor, puesto que la sanción que impone el precepto legal en comento, no tiene su fundamento en las consecuencias que la conducta hubiese causado en la realidad si no tan solo en las que pudo producir, las cuales además pueden llegar a conocerse racionalmente, tomando en consideración todas las circunstancias del caso".

Amparo directo 615/88.- Ma. Patricia Méndez Goyri. 7 de abril de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Noé Adonai Martínez Berman.

Retomando la opinión de la Profesora Sara Montero (Op.cit.pág. 346), encontramos que la enumeración contenida en el artículo 444 parece innecesaria, pues basta 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, moralidad e integridad de los menores; y en esta forma quedarían comprendidas todas las conductas nocivas.

Tal opinión a nuestro parecer es del todo acertada, dado que bastaría con que peligre la vida, seguridad o salud del menor para que se declare la pérdida de tal ejercicio, ya que uno de los caracteres de tal institución es la protección a la niñez, con la cual se reitera su función tutiva y social.

Finalmente, cabe señalar que la circunstancia de que la madre o abuela pasen a segundas nupcias no pierden por ello el ejercicio de los poderes y deberes inherentes a ella, pero el nuevo marido no la ejerce sobre los hijos del matrimonio anterior. (artículos 445 y 446 de C.C.)

A este punto, es menester hacer notar que los Códigos Civiles de los Estados de Sinaloa y Tlaxcala establecen en sus artículos 445 y 289 algunas causas que originan la pérdida y que no se hayan previstas en el Código Civil para el D.F., tales como, que la persona o personas que la desempeñan tratan a los que esten bajo ella con excesiva severidad, no los educan, impongan preceptos inmorales o les den ejemplos o consejos corruptores.

Así también el Código Civil del Estado de Quintana Roo prevé: "De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad y la pérdida de la custodia"; lo que nos lleva a concluir que en dicha Entidad la patria potestad no se pierde.

SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.

La suspensión nace cuando por razón de alguna incapacidad no la puede seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión.⁶⁰

La patria potestad puede suspenderse temporalmente o puede acabarse en forma definitiva, como anteriormente se apuntaba, sea por razones naturales o por sentencia que declare la pérdida de la patria potestad; en este último caso, se extingue totalmente, pero

⁶⁰Pina Vara, Op.Cit.pág.383.

si existen otras personas de las mencionadas por la Ley (padres o abuelos) que puedan ejercerla, entonces el menor seguirá sujeto a esta institución pero a cargo de otra persona.

El Código Civil vigente en su artículo 447 contempla los siguientes casos en que procede:

- 1.- Por incapacidad declarada judicialmente
- 2.- Por ausencia declarada en forma
- 3.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

La patria potestad en caso de ausencia, afirma Galindo Garfias (Op.cit pág 685) debe entenderse en suspenso respecto del ascendiente que ha desaparecido de su domicilio, sin que se tenga noticia de su paradero, aunque haya dejado persona que lo represente por que la patria potestad por la naturaleza y fundamento de la institución es un cargo personalísimo que no puede ser ejercido por medio de representante.

Por último, tratándose de la excusa, tal como se señalará en el punto relativo a caracteres, concretamente irrenunciabilidad, tenemos que la institución en estudio es irrenunciable, no obstante existen dos supuestos en los cuales se permite la excusa y son:

- a) Cuando aquellos a quienes corresponda ejercerla tengan 60 años cumplidos
- b) Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente su desempeño.

En materia de excusa, los Códigos Civiles de Guanajuato (art.50) y Yucatán (art. 361), permiten expresamente a los abuelos excusarse del ejercicio de la patria potestad, resaltando el primero de dichos ordenamientos que los padres en ningún caso podrán presentar dicha excusa.

Por su parte, el Código Civil de Tamaulipas al igual que el de Oaxaca, no fija las causas por las cuales pueden excusarse del ejercicio de la patria potestad, pero este último considera como posible la renuncia al tenor de lo que dispone en su artículo 7, semejante al artículo 6 del Código Civil para el Distrito Federal; esto es, que no afecte el interés público ni perjudique derechos de terceros. Esta renuncia solo producirá efectos cuando se haga en términos claros y precisos, de tal manera que no quede duda del derecho que se renuncia.

CONFIGURACION DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE.

Finalmente y a manera de abundar lo expuesto a continuación reiteramos lo siguiente, el Código Civil en vigor para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en el orden federal, conforma a la patria potestad en base a los siguientes principios generales:

a) Nace de la filiación, existe tanto para los hijos matrimoniales (arts. 412 y 414), como para los hijos extramatrimoniales (arts. 412, 415, 416, 380, 381 y 417), o bien hijos adoptivos (arts. 395, 396, 403 y 419).

b) No se extiende más allá de la mayoría de edad, pudiendo cesar antes por emancipación (arts. 412, 641 y 647)

c) Corresponde al padre y a la madre, a los abuelos paternos y a los maternos, quienes actuarán de común acuerdo, en caso de desacuerdo resolverá el Juez (arts. 414, 418, 168, 426 y 427).

d) Es irrenunciable, sin embargo se puede excusar (art. 448).

e) Es un derecho sujeto a control judicial (arts. 422, 423, 436, 437, 441, 444, 447, 380, 381, 259, 260, 282 frac. VI párrafo final, 417 y 283). Lo anterior surge principalmente de la obligación que la Ley impone a quienes la ejercen, de educar a los menores convenientemente, así como de observar una conducta que sirva de buen ejemplo; de la intervención judicial de los actos que se realicen en el ejercicio de administración y en los demás supuestos exigidos por la Ley.

Las causas de pérdida, suspensión y extinción de la patria potestad se hayan consagradas en los artículos 443, 444 y 447.

Finalmente y entre otras de las facultades para resolver sobre la custodia de los hijos extramatrimoniales cuyos padres no vivan juntos (arts. 380 y 381), o se separen (art. 417), y en los casos de nulidad de matrimonio (arts. 259 y 260), y de divorcio necesario (arts. 282 frac. VI, párrafo final y 283)

No obstante lo expuesto, y aún cuando este Código ha sido uno de los más adelantados de la época, cabe mencionar que el capítulo que trata la institución en estudio, habrá de precisar algunos de sus preceptos y complementar otros, adecuándolos a la realidad social, cultural y económica que impera actualmente en nuestro país

Esto obedece al señalar que nuestra legislación como otras extranjeras, se ha avocado a legislar más ampliamente el aspecto patrimonial y económico de la situación que guardan los menores no emancipados ante instituciones como la patria potestad y la tutela, olvidándose de aspectos primordiales como son el educativo, correctivo y moral de estos sujetos.

CAPITULO III.

DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE SURGEN CON EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

La Patria Potestad como ha quedado debidamente establecido, es un conjunto de derechos y obligaciones que son puestos a cargo de los padres en interés del menor.

A continuación, serán motivo de estudio cada uno de estos derechos-deberes paternos, sin que se separen por un lado derechos y por el otro obligaciones como procedería con cualquier otra institución, porque precisamente la patria potestad engendra poderes que participan de la doble categoría, derechos-deberes, es decir, la Ley impone obligaciones, por ejemplo, educación, alimentación, administración de bienes, etc., cuyo incumplimiento origina una sanción determinada, pero la forma de ejercitar estas obligaciones queda al libre albedrío de quienes la ejercen, deviniendo el derecho de éstos para elegir qué o cómo, se ha de ejercitar, qué tipo de educación ha de darse a su hijo, qué régimen de vida, qué contratos se han de celebrar y cuáles no, qué oficio ejercerán, etc.

Los efectos de la patria potestad se dividen en: efectos sobre la persona del menor y efectos sobre los bienes del menor.

Los efectos sobre la persona del menor son:

I.- RESPETO Y OBEDIENCIA. La honra, obediencia y respeto a los padres son reglas reguladas por la moral apoyada en el derecho.

A los poderes de los padres corresponde el deber de obediencia de los hijos, en efecto, los principios rectores de la conducta interna de los hombres ordenan obediencia y respeto a los padres en todo lo que es lícito y honesto

"El contenido ético de las relaciones jurídicas entre los progenitores que ejercen la patria potestad y los hijos, se presenta en el estado de sumisión de los descendientes hacia los mayores".⁶¹

⁶¹Castán Vázquez, Op.Cit.pág.176.

El Código Civil establece que : "Los hijos cualesquiera que sean su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes". Este precepto legal expresa en términos jurídicos el deber moral de los hijos que contiene el Decálogo cristiano en su cuarto mandamiento "Honrarás a tu padre y a tu madre".

El deber de obediencia supondrá, por consiguiente, el cumplimiento por el hijo de las órdenes lícitas dadas por los padres en el ejercicio de las facultades que éstos gozan

Así, expone Castán Vázquez (Op. cit. pág.172) el hijo, obedece el vivir en casa del padre, al acompañar a éste cuando cambie de residencia, a estudiar en el establecimiento que el padre designe, a aceptar el castigo lícito paterno, a limitar sus relaciones personales, de acuerdo con los deseos del padre, etc. Desobediencia será la negativa a aceptar la decisión paterna en alguno de esos casos

No existirá, sin embargo deber de obedecer las órdenes del padre que se puedan reputar como contrarias a derecho o que extralimiten las facultades de que éste goza, ya que no hay que olvidar que sus límites se encuentran fijados por la propia finalidad de la institución, de tal manera que se viola éste deber, si se pretende obediencia para algo que no responda de modo mediato o inmediato al bienestar del menor.

Por ejemplo, el hijo no puede estar obligado a obedecer órdenes corruptoras o delictivas, ni las de ejecutar ejercicios peligrosos, ni a aceptar castigos de dureza excesiva, porque aquellas órdenes o castigos son ilícitos para el padre y al emitirlos o al infringirlos constituyen causas de pérdida o suspensión de la patria potestad.

Ahora bien, en cuanto al deber de respeto, en términos del numeral en cita, los hijos están obligados a respetar a los padres y demás ascendientes, pero ésta obligación subsiste incluso después de extinguida la patria potestad, por lo que podría afirmarse fundadamente que no procede o deriva de ella, sino de la filiación, por lo cual debe estudiarse también en la patria potestad, en razón que definitivamente constituye una obligación de los sujetos a ella.

Una de las interrogantes que se hace el autor en cita y que trae a colación el estudio de éste deber-obligación es determinar en que casos faltan los hijos al deber de obediencia, y qué consecuencias jurídicas produce su incumplimiento.

En el derecho español, por ejemplo, las Leyes prevén entre otros, algunos casos en que ciertas conductas concretas de los hijos hacia los padres den lugar a consecuencias

del orden civil o del orden penal (causas de desheredación, el incumplimiento al deber de prestar alimentos, etc.).

Al respecto, creemos en forma personal que para resolver situaciones como las expuestas habrá que atender las circunstancias particulares del caso, no obstante, un principio general pudiera ser el de estimar como contrarios al deber de respeto, aquellos actos que conlleven al desprestigio de los padres y sean realizados por los hijos sin fundamento legal para ello.

En cuanto a consecuencias por incumplimiento de tal obligación, la doctrina jurídica mexicana principalmente ha destacado con frecuencia la naturaleza moral del deber de respeto y obediencia a los padres y añade que esta obligación no está sancionada porque no se trata más que de una regla moral desprovista de efectos jurídicos, ya que carece de la fuerza coercitiva necesaria; sin embargo, como apuntábamos anteriormente, tal obligación no debe ser considerada simplemente como efecto de la patria potestad, al constituir el fundamento ético de las relaciones paterno filiales, y de la familia misma

2.- REPRESENTACION LEGAL La representación en sentido general, es un fenómeno jurídico que implica la actuación a nombre de otro en el campo del derecho, esto es, una persona llamada representante realiza actos jurídicos en nombre de otra llamada representado, en forma tal que el acto surte efectos en forma directa en la esfera jurídica de éste último, como si se hubiere realizado por él.⁶²

La representación legal dimana directamente de la ley, por tal motivo, el menor legalmente incapaz necesita para la celebración de cualquier acto jurídico ser asistido por un representante.

Como los menores de edad son incapaces de ejercicio, para subsanar esta incapacidad el Código Civil dispone que personas actuarán en su nombre, resultando conforme al artículo 424, aquellos que ejercen la patria potestad:

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

Por su parte, el artículo 425 del ordenamiento legal mencionado, señala que 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

⁶²González Juan. Op Cit pág 66

Este derecho-deber, tiene su fundamento en la obligación de cuidar de la persona y bienes del menor, supliendo a dichos efectos su incapacidad. El mismo, excede en realidad a la simple representación, toda vez que implica además la dirección o conducción de los negocios del hijo, es decir, un poder de deliberación que no necesariamente tiene todo representante y que reconoce como límites los fines de la institución.⁶³

En el Derecho español, se ha considerado que el hecho de que el sujeto a patria potestad, tenga como representante a su padre no quiere decir que carezca de personalidad, ya que la personalidad del menor no queda absorbida, sustituida o desplazada por la de su representante legal.

Nuestro Código Civil vigente, en relación prevé en su artículo 23 que: "la minoría de edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la Ley son restricciones a la personalidad jurídica, que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia, pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes".

Así mismo, se ha reconocido por la doctrina que la representación legal tiene un carácter necesario y universal, lo primero, porque sin ello los actos estarían afectados de invalidez o nulidad, ya que la celebración de actos o contratos por los sujetos pasivos sin que se supla su incapacidad, ocasionan la nulidad relativa de los mismos; y lo segundo, en virtud que se extiende a todas las relaciones jurídicas del sujeto a patria potestad, sean de carácter patrimonial, extrapatrimonial, extrajudicial o administrativo.⁶⁴

En relación a su ejercicio, el artículo 427 del Código mencionado establece que la persona que ejerza la patria potestad representará también a sus hijos en juicio, pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo sino es con el consentimiento expreso de su cónyuge y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera.

Por su parte, en el artículo 440 se dispone que: "en todos los supuestos en que las personas que ejercen la patria potestad tengan un interés opuesto al de los sujetos a ella, éstos serán representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez para cada caso".

Con relación a quienes pueden ser designados tutores, aún y cuando se trata de una institución diversa, entendiéndose que tratándose de un tutor especial podría serlo cualquier persona, comenzando por los parientes llamados al ejercicio de la patria

⁶³Lehman, Heinrich, citado por Campora Héctor, Op.Cit.pág.56.

⁶⁴Campora, Op.Cit.pág.36

potestad (artículo 414), y a la tutela legítima siempre que tengan aptitud y puedan defender con independencia los intereses del menor.

Una interrogante que surge al efecto es si los padres que a su vez son menores de edad pueden representar a sus hijos, al respecto, y en forma personal consideramos que igualmente y en principio les compete el derecho de representación, sin embargo, habrá que acatar las restricciones derivadas de los artículos 173 y 643 del Código citado.

De modo, que si el menor emancipado necesita de un tutor para asuntos judiciales, con mayoría de razón, en el caso de que actúe en ejercicio del derecho-deber de representación, en el que indudablemente velará por el bienestar e interés del hijo propio.

Finalmente, constituyendo un derecho-deber que integra la patria potestad participa de sus caracteres, por lo que el mismo no es renunciable.

3.- DESIGNACION DE DOMICILIO. La Ley reconoce tres clases de domicilio:

Domicilio real. El Código Civil establece en su artículo 29 que 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".

Se considera que una persona tiene el propósito de establecerse en un lugar cuando reside en el por más de seis meses.

Domicilio convencional Es el que señalan las personas para oír y recibir notificaciones en asuntos judiciales, así como para cumplir con algunas obligaciones.⁶⁵

Domicilio legal. Es el lugar donde la Ley fija la residencia de una persona para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no se encuentre allí presente (artículo 31 del C.C.).

Es por ello, que tratándose de los sujetos a patria potestad su domicilio será el mismo de las personas que la ejercen (artículo 32 fracción 1), como natural consecuencia del deber para el hijo de convivir con quienes ejercen aquella función.

En este caso, es en razón de la incapacidad de los menores que por ministerio de ley se les asigna un domicilio, siendo aquel el de los representantes legales de quienes

⁶⁵Ibidem. pág.41.

dependen. No perdiendo de vista que si sus titulares no viven juntos lo será el de aquel que tenga la custodia.

En estas condiciones, los menores tendrán esta clase de domicilio hasta que cese su incapacidad: "Mientras el hijo esté bajo la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o en virtud de decreto de la autoridad".⁶⁶

Por último, y en el supuesto de extinción de la patria potestad por muerte de los que la ejercen o pueden ejercerla, como los menores no pueden cambiarlo, continuarán con el mismo hasta que se les nombre tutor.

4.- ASISTENCIA DEL MENOR SUJETO A PATRIA POTESTAD. El deber de asistencia comprende la asistencia moral y cuidados personales, no se limita a suministrar los medios económicos para la subsistencia física de los sujetos a patria potestad, sino que se extiende a los cuidados necesarios para su plena formación física y espiritual, encontrándose estrechamente relacionada con los derechos-deberes de educación y vigilancia.⁶⁷

A) ALIMENTOS. Afirma el Profesor Jorge Sánchez Cordero en su obra "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano" pág 777 que "Constituyen los alimentos una forma especial de la asistencia, que en realidad surge de la relación paterno filial, en razón que no desaparece por la mayoría de edad, ya que también existe aunque no haya patria potestad, como sería el caso de que un progenitor se excusara para su desempeño". Esto es, la obligación de los padres de dar alimento a sus hijos y el deber de estos últimos a proporcionarlos a sus padres, es una parte integrante del deber de criar al hijo menor mientras permanece en la patria potestad, pero la obligación alimenticia subsiste aunque ésta se acabe, cualesquiera que sea la edad del hijo, sin otro límite que la posibilidad del que debe darlos y la necesidad del que debe recibirlos (artículos 303 y 311 del C. C.).

En este orden, entendemos por obligación alimenticia "El vínculo jurídico que la Ley atribuye de pleno derecho a ciertas relaciones de familia, de donde resulta para una persona, la obligación de asegurar la subsistencia de otra".⁶⁸

En la obligación alimenticia como relación jurídica que es, se dan los tres elementos que son comunes a todo vínculo de esta naturaleza: el sujeto activo que exige

⁶⁶Pina Vara, Op.Cit.pág.379.

⁶⁷Campora Héctor, Op.Cit.pág.52.

⁶⁸Rojina Villegas, Op.Cit.pág.261.

porque tiene derecho (acreedor alimentista); el sujeto pasivo de quien se exige porque está obligado (deudor alimentista); el objeto o contenido de la relación jurídica (pensión alimenticia)

De conformidad con lo previsto en nuestra legislación vigente tres son las condiciones de la obligación de dar alimentos; la necesidad del acreedor alimentista; los recursos del deudor alimentista y las relaciones entre éstos. Respecto al último elemento es de considerar que por ministerio de Ley la obligación de alimentos se atribuye a determinadas relaciones, por ejemplo, cónyuges, concubinos, ascendientes colaterales, descendientes colaterales, sin limitación de grado.

De lo anterior, nos dice el autor en cita, derivan dos principios:

a) Reciprocidad. El que los dá tiene a su vez el derecho de recibirlos.

b) Proporcionalidad. Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos.

Aunque el término alimentos es sinónimo de comida, señala la doctrina en forma unánime al igual que la legislación, que los alimentos no solo deben consistir en la comida propiamente dicha, sino en todo lo que necesita un acreedor en la vida y en la muerte

Es por ello, que los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Tratándose de menores, el artículo 164 del Código Civil, dispone que 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.

En tal sentido, los alimentos incluyen además, los gastos necesarios para proporcionarles algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales (artículo 308 C. C.).

Para algunos autores, la Ley en el artículo 314 del Código referido, limita los gastos que origina la educación de los menores, al señalar que 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.

Sin embargo, siendo la filiación el nexo más fuerte del parentesco y atendiendo a la función esencial de la patria potestad que consiste en el cuidado y formación de la persona del hijo menor de edad no emancipado, éste deber de proporcionarle alimentos, tiene caracteres más apremiantes respecto de los ascendientes que ejercen la patria

potestad, por la naturaleza misma de la función, en la que coinciden como ya se ha dicho el interés del grupo familiar y el interés estatal.

Asimismo tenemos que en tanto persiste la autoridad paterna, la obligación alimenticia que se impone a los ascendientes en favor de los hijos, presenta la característica de que, cuando quienes ejercen la patria potestad disfrutan de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad hasta donde alcance a cubrirlos y solo el exceso será de cuenta de los ascendientes que la ejercen. Es decir, si el sujeto pasivo tiene bienes, los alimentos se deducirán del usufructo que corresponde a los titulares, pero si el mismo no alcanzare para cubrirlos, la diferencia será de su cuenta sin afectar los demás bienes del menor.

De donde resulta, que la obligación alimentaria en principio existirá aún cuando el mismo pudiera sostenerse con su trabajo.

Asi también, se ofrece la particularidad de que la forma normal en que los ascendientes deben cumplir con esa obligación alimenticia, es manteniendo al hijo en el seno de la familia o en el hogar, en tanto que la obligación alimenticia que deriva en general del parentesco, se satisface cubriendo los gastos que demande la prestación de alimentos, ya que en términos de Ley no existe ninguna obligación respecto de esos parientes de incorporar al acreedor alimentista al seno de la familia.

En tales condiciones y por ministerio de Ley el incumplimiento del deber alimentario dará acción para exigirlos y puede determinar también la pérdida de la patria potestad o su suspensión, o bien, podría configurarse el delito de abandono de personas (artículos 335, 336 y 336 bis del Código Penal) Este delito solo se perseguirá a petición del cónyuge ofendido o de los legítimos representantes de los hijos, a falta de representantes de los menores, la acción se iniciará por el Ministerio Público, a reserva de que el juez de la causa designe un tutor especial para los efectos de este artículo, cuya pena estriba de un mes a cinco años de prisión y privación de los derechos de familia y pago.

Este delito se consuma por el hecho de no proporcionar el numerario requerido para la subsistencia del cónyuge y de los hijos.

Respecto a la obligación alimentaria, el artículo 165 del Código Civil establece que los cónyuges y los hijos tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos esos derechos.

A su vez el artículo 322 de dicho cuerpo legal, dispone que cuando el deudor alimentario no estuviere presente o estándolo rehusare a entregar lo necesario para los alimentos de los miembros de su familia con derecho a ellos, se hará responsable de las deudas que contraigan, pero solo en la cuantía necesaria para ese objeto y siempre que no se trate de gastos de lujo.

La obligación asistencial que surge de la patria potestad cesa a la mayoría de edad y por causa de la emancipación. No obstante el deber alimentario recíproco subsiste en caso de necesidad, en virtud de lo establecido por los artículos 303 y 304 del Código Civil.

Por tal motivo, en tanto la pérdida de la patria potestad priva de los derechos que de ella emergen, mantiene sus deberes, porque el padre y la madre aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, es decir, la obligación alimentaria continúa porque esta hipótesis tiene su origen en el parentesco.

Con relación a los supuestos de cesación de la obligación alimentaria, regulados en el artículo 320 del citado Código se ha considerado que en la institución en estudio solamente sería de aplicación el legislado en la fracción I, que contempla el caso de que los titulares carecieran de medios para cumplirla, no así los previstos en las fracciones II y IV, toda vez que como se señalara los alimentos en la patria potestad no se fundan exclusivamente en la necesidad, sino también en los deberes de guarda y educación.

Tampoco sería aplicable en la hipótesis de la fracción III, injurias, daños graves al deudor alimentario, habida cuenta que dichos actos no hacen cesar las obligaciones que tienen que cumplir, además de ser los padres los responsables de la conducta de sus hijos sometidos a patria potestad.

Para el caso de la fracción V, abandono de su casa sin su consentimiento y sin causa justificada, sería aplicable, pues en este supuesto tienen la obligación de reintegrarlo a su domicilio, a efectos de cumplir con sus deberes.

En conclusión consideramos que, es deber de los padres ministrar a sus hijos pensión alimenticia, quedando los demás ascendientes obligados a hacerlo cuando faltaren aquellos o estuvieren imposibilitados. A su vez, los hijos deben proporcionar alimentos a sus padres, y si estuvieran en situación de no poder darlos, la obligación recaerá en los descendientes de grado más próximo.

B) EDUCACION. El deber de los padres de educar a sus hijos es de derecho natural, basado al igual que la patria potestad misma, en la naturaleza que atribuyó a los progenitores la misión de formar a los hijos que procrean. Así en la doctrina tomista nos dice Ibarrola (Op. cit. pág.363), se ha concebido que el padre por ser principio de generación, es principio de educación para sus hijos; de aquí que los moralistas estudien la educación como un deber de los padres.

No obstante, tenemos en cuenta que ese deber es al propio tiempo un derecho, constituyendo así una de las funciones (poderes-deberes) integrantes de la patria potestad, en la que habrá de considerarlo en un sentido amplio y completo, referido a la formación del menor.

En el caso, el Código Civil vigente establece que a las personas que tienen al menor bajo su potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente (artículo 422).

Ahora bien, como se asentara en el punto que antecede, el deber de educación es parte de los alimentos, ya que existe la obligación de los padres de proporcionarles los medios para que adquieran algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Este deber de educación, ha sido objeto de estudio y análisis en materia internacional, a través de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que en su artículo 26 inciso tres prevé: "Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos"⁶⁹

La educación en nuestro país comprende la educación primaria obligatoria, que el Estado imparte gratuitamente en cumplimiento al artículo 3 de la Constitución Política, al señalar las bases conforme a las cuales se ha de impartir la educación en las escuelas oficiales y particulares, ya que en su texto recoge aquellos principios que en materia de educación de los menores y protección a los niños han de darse, y que no son otros que la confraternidad universal y la orientación humanista de la cultura universal.

Al respecto, cabe mencionar la reciente propuesta de reforma elaborada por la Administración actual y consistente en aumentar la obligatoriedad de la educación al grado medio superior, esto es a nivel secundaria.

En este contexto, se entiende que la educación de los hijos es también para los padres un derecho y un deber, en el que el contenido del deber es muy variado, pero

⁶⁹Véase Ibarrola. Op.Cit.pág.367.

señalando los más significativos tenemos: "a) le es impuesto por el Estado en interés del menor, bajo la forma de una obligación escolar; b) toda la educación que imparta el Estado será gratuita, para lo cual los padres deben erogar los gastos necesarios para posibilitar esa educación".⁷⁰

Ahora bien, y volviendo al artículo 422, la doctrina no establece criterio definido para discernir lo que ha de entenderse por educación "conveniente", pero no se requiere de mayor esfuerzo para entender el precepto, toda vez que se trata de la conveniencia del menor.

Por otra parte, no puede existir duda que en la actualidad es función de la familia y específicamente de la patria potestad, proporcionar al menor una educación adecuada y una formación moral e intelectual, sobre la que descansa posteriormente la educación escolar, en la que recibirá información científica y técnica que le permita distinguir a su debido tiempo cómo ha de usar o para qué ha de emplear los conocimientos de que se halle provisto en lo futuro. En esta cuestión juega un papel importante la libertad que debe reconocerse a los progenitores para educar a sus hijos y, que en todo caso debe coincidir con el interés que tiene la sociedad, en que los individuos que la componen se hallen dotados de aquella libertad de espíritu, para asumir conscientemente sus responsabilidades frente a los demás hombres

Teniendo en cuenta lo anterior, me permito transcribir la propuesta de reformas al Código Civil en los artículos 413 y 422, que expusiera el profesor Ignacio Galindo Garfias en el Primer Congreso Nacional sobre el Régimen Jurídico del Menor celebrado en la Ciudad de México; visible en la Memoria del Primer Congreso Nacional sobre el Régimen Jurídico del Menor. Vol. I, págs 14 y 15

"Tomando en cuenta las ideas expuestas en el desarrollo de éste trabajo, propongo las reformas al Código Civil a los preceptos que señalo, con la siguiente redacción.

Artículo 413.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a lo dispuesto por el artículo 22 de éste Código

Artículo 422.- A las personas que tienen el hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo en el seno de la familia, en forma que contribuya a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en él 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

⁷⁰Galindo Garfias, Op.Cit.pág.679.

fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de sectas, de grupos, de sexos o de individuos.

De ésta manera, se incorpora al Derecho Civil de nuestro país el esfuerzo de los pueblos y de las naciones para el logro de que los ideales de confraternidad universal perduren en la vida de la comunidad social".

Respecto a la educación religiosa, ella también corresponde a los que ejercen la patria potestad, tendrá que ser decidida por ambos titulares en caso de divergencia por imperio del artículo 168 del Código Civil, el juez de lo familiar tendrá que resolver.

C) VIGILANCIA Este deber, tiene por objeto proteger al menor de peligros e impedir que pueda causar perjuicios a terceros.

Se refiere siguiendo al Prof. Càmpera (Op. cit. pág.41.) al derecho de fiscalizar sus actos, relaciones personales, amistades, lugares que frecuenta, y en general todo lo que pueda influir en su formación.

En tal virtud, éste derecho-deber que también se vincula con el de educación, se traduce entre otros aspectos en el control de la concurrencia del menor a lugares impropios, lecturas nocivas o relaciones perniciosas, pues no hay que olvidar que es en la infancia donde se adquieren las bases para su desarrollo, y cuando los adultos que tienen la obligación de asumir la vigilancia no lo hacen adecuadamente va de por medio el comportamiento que mas adelante tengan.

Se habla así del derecho de los padres a vigilar las relaciones personales de los hijos, prohibiéndoles ver a determinadas personas, prohibición que será aceptable si tiende a impedir al menor la realización de actos ilícitos, por ejemplo, de relacionarse con delincuentes habituales o personas en estado peligroso.

Por último, obvio es que la facultad de vigilancia, de la cual se desprende la posibilidad de prohibir determinadas relaciones, comunicaciones, etc. no debe ser excesiva, por lo que debe ser utilizada razonablemente y en beneficio de aquel sobre quien se ejerce, circunstancia por la que de no adoptar las medidas necesarias podrá ser revisada por los Consejos Locales de Tutela, de conformidad con lo previsto en el artículo 422 del C. C.

5 - CORRECCION. "Se denomina derecho de corrección a las medidas que pueden ser tomadas por los que ejercen la patria potestad o por órganos del Estado a requerimiento de los mismos, en cumplimiento de los deberes de guarda y educación a

efectos de reencauzar la conducta del menor, teniendo en cuenta su adecuada formación.⁷¹

El Código Civil establece en su artículo 423 lo siguiente: "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.

Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente.

Esto es, del análisis del numeral en comento, se advierte que a efecto del cumplimiento del derecho-deber de educación, existe la facultad para los titulares de corregir a los sujetos pasivos, y que en su ejercicio deben ser auxiliados por las autoridades.

Estas facultades de corregir y castigar a nuestro parecer deben ser excepcionales, es decir, no se ejercitaran normal y permanentemente durante la menor edad del hijo, sino tan solo en los casos en que la conducta de éste lo requiera.

De esta manera concluimos que el derecho de corrección puede ejercitarse directamente por los mismos titulares o indirectamente por órganos del Estado a requerimiento de aquellos. Por consiguiente se afirma por Castán Vázquez (Op. cit. pág. 226) "la facultad de corregir al hijo está relacionada con el deber de educación, con la autoridad paterna, y con la situación de subordinación de los menores con respecto a quienes ejercen sobre ellos la patria potestad".

MEDIOS DE CORRECCION DIRECTOS

Ahora bien haciendo un breve recuento tenemos que, anteriormente a la reforma al Código Civil, publicada en el Diario Oficial del 31 de diciembre de 1974, se preveía que los que ejercían la patria potestad tenían la facultad de corregir y castigar a sus hijos moderadamente debiendo las autoridades en caso necesario auxiliarles para este efecto, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que prestaran el apoyo suficiente a la autoridad paterna.

⁷¹Campora Héctor, Op.Cit.pág.45.

Así, las normas penales relativas declaraban como no punibles, las lesiones inferidas en uso de la facultad de corregir siempre que tardasen en sanar menos de quince días y no se abusara del derecho por parte de quien ejerciera la patria potestad.

No obstante "afortunada fue la reforma efectuada al Código Penal, mediante la cual se derogaron los artículos 294 y 397 que otorgaban impunidad a los padres o tutores que causaban lesiones leves a sus hijos o pupilos, o que incurrian en golpes y violencias físicas en contra de ellos".⁷² Así lo sostiene el Lic. Alejandro Manterola Martínez en su atinada intervención en el Congreso sobre Derechos de la Niñez celebrado en la ciudad de México Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. 1990. Ya que se consideró que estos preceptos eran desafortunados ya que propiciaban el maltrato a los menores, bajo el pretexto del derecho a corregir, puesto que no señalaban los casos en que debía considerarse como cruel el castigo, ni tampoco establecía que debía considerarse como innecesaria frecuencia, con lo que la impunidad para los titulares siempre fue segura, cualquiera que fuera la crueldad y frecuencia del castigo, siempre que las lesiones fueran de las que no ponen en peligro la vida y tardan en sanar menos de quince días. Lo que dio lugar a múltiples casos de niños maltratados, reconocido incluso como síndrome del niño golpeado.

A nuestro parecer la gravedad de las disposiciones en estudio no surge solo de la magnitud del castigo que autorizaba, sino también de la posibilidad de reiterarla de manera constante e ilimitada.

Esto porque de conformidad con la misma, si no se pusiera en peligro la vida del ofendido y no se corrigiera con crueldad aunque se dejara al menor maltrato que fueran precisos catorce días para sanar, si los castigos eran necesarios también podían ser frecuentes.

Tales disposiciones continua el autor eran susceptibles de severas críticas, en atención que no respondían al principio aceptado de que esta facultad debe ser ejercida moderadamente y con orientación hacia la adecuada formación del menor.

Actualmente, y a partir del 13 de enero de 1984, con la reforma realizada al Código Penal, se admite que el derecho de corrección ha de ejercitarse dentro de ciertos límites, fuera de los cuales la conducta de los padres se convierte en contraria a la Ley.

⁷²Véase Manterola Martínez Alejandro, Derechos de la niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. 1990, pág.51-52.

Así, el Código Penal, establece:

"Artículo 295. 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 aquellos derechos".

Con lo anterior, podrá advertirse que los legisladores le imprimieron con las últimas reformas, un carácter más humanitario al ejercicio de la patria potestad, se prohibió el abuso en el derecho de corregir, penalizando a padres o tutores que lesionen a sus hijos o ejerzan sobre ellos violencia física, por lo que ahora todo maltrato a hijos o pupilos cae dentro de la esfera del campo penal. De modo, que el exceso en el ejercicio de este deber puede dar lugar incluso a la pérdida o suspensión de las facultades y obligaciones inherentes a la patria potestad, además de la sanción penal que corresponda.

Finalmente, se advierte de la lectura al diverso 423 del C.C. que los medios de corrección quedan a la decisión del o los titulares, con las limitantes expuestas, por lo que podrán consistir en reprimendas verbales, privación de salidas, juegos, o entretenimientos, aunque desafortunadamente el maltrato a los menores sigue siendo una práctica generalizada que se da en todos los niveles sociales, económicos y culturales.

Al respecto, algunos Códigos de los Estados de la República siguen conservando la impunidad de los padres o tutores que en ejercicio del derecho de corrección infieren lesiones o realizan violencia sobre sus hijos o pupilos.

Por tal motivo y retomando, las palabras expuestas por el Lic. Alejandro Manterola Martínez, en su atinada intervención en el Congreso sobre los Derechos de la Niñez, (Op. cit. pág. 53) "lo ideal sería que existiera unidad en toda la legislación penal, que pasásemos a un tipo penal de carácter federal, y si esto no fuera posible, proponer que a través de las Procuradurías de la Defensa del Menor y la Familia en las entidades federativas, se pugne porque se promuevan iniciativas de reformas y adiciones a los Códigos Penales y Códigos de Procedimientos Penales, en lo relativo a esta materia y a la punibilidad de padres y tutores que maltrataban a sus hijos o pupilos amparados, bajo el derecho de corrección, tal y como se ha tipificado en el Distrito Federal, ya que se coadyuvará a disminuir sensiblemente el problema que enfrentan los menores en México".

MEDIOS DE CORRECCION INDIRECTOS

Por otra parte la intervención del Estado puede a veces ser conveniente o necesaria para la corrección del menor, sin embargo, de la realidad se ha detectado que la detención de los menores en establecimientos correccionales no deja de ofrecer inconvenientes y peligros, pues se estima que es el hogar el sitio más adecuado para su estancia y sana formación, que un trato adecuado basado en el amor, es en general más eficaz que el castigo para la corrección.

A este punto, advertimos que nuestra legislación positiva, regula la intervención estatal en los asuntos de la familia a través del Ministerio Público, concretamente en lo que se refiere a educación y corrección de los hijos. Esta institución, al igual que los Consejos Locales de Tutela, tienen una amplia facultad de obrar que conforme a la práctica nunca se ejercita, pues es necesaria la instancia de parte interesada y nunca de oficio.

Esto es, para nuestra legislación es el Ministerio Público el medio principal de intervención, ya que deberá promover las acciones pertinentes previo el conocimiento que tengan los Consejos Locales de Tutela. Estos últimos fueron creados por el artículo 631 del Código Civil de 1928, con funciones de vigilancia e información, se integran por tres personas: un presidente y dos vocales.

Ibarrola (Op. cit. pág.369) expresa que "la función y la labor de los Consejos Locales de Tutela es inoperante por la burocratización que existe y porque los funcionarios que lo integran duran únicamente en su cargo un año, tiempo insuficiente para realizar proyectos que beneficien a la niñez desvalida".

Dada la importancia que reviste la educación adecuada a las necesidades del menor, concluimos que los dos órganos de control e intervención estatal en el ámbito familiar, Ministerio Público y Consejos Locales de Tutela, no cumplen satisfactoriamente con las funciones que le son designadas por nuestra legislación positiva, (vigilancia e información).

Por último, no debemos pasar por alto, que en cuanto a la corrección, este aspecto al igual que el de guarda de menores queda sujeto a la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el D.F., que ya no está vigente⁷³ Esta Ley, según se desprende de su considerando, fundamentalmente tendió a prevenir la delincuencia infantil, con la creación de instituciones idóneas para el logro de dicha finalidad

⁷³ Véase Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito y Territorios Federales, publicada en diciembre de 1928

En otros de sus objetivos, se preveía el de corregir a tiempo las perturbaciones físicas y mentales de los menores evitando así su perversión moral; consideraba también que los menores son delinquentes. Esta Ley, como su nombre lo indica atendió principalmente al menor delincuente.

Respecto a la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales, publicada el 26 de junio de 1941,⁷⁴ únicamente señalaba el número de Tribunales que funcionaría, su integración, nombramiento de jueces y requisitos para serlo.

Concluyendo, ninguna de estas dos Leyes trató concreta y acertadamente la educación y guarda de los menores, ocupandose sólo de los menores delinquentes y a prevenir su reincidencia.

Otro de los organismos, que tuvo el Estado para la corrección, fue el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, creado a través de la Ley que crea dichos Consejos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 2 de agosto de 1974

Según la misma, su objeto era promover la readaptación social de los menores de 18 años, mediante el estudio de la personalidad, la aplicación de medidas correctivas y de protección y vigilancia del tratamiento (artículo 1).

Actualmente, quizá uno de los centros de corrección más representativos, es el Consejo de Menores, cuya creación se encuentra prevista en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación del martes 24 de diciembre de 1991

Tal ordenamiento, establece que el Consejo de Menores tiene por objeto reglamentar la función del Estado en la protección de los derechos de los menores, así como en la adaptación social de aquellos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales y federales y del D.F. Dicho Consejo se crea como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 años y menores de 18 años de edad

Existe también, la Unidad de Defensa de Menores técnicamente autónoma y tiene por objeto, en el ámbito de la prevención general y especial, la defensa de los intereses legítimos y de los derechos de los menores, ante el Consejo o cualquier otra autoridad

⁷⁴Véase Diario Oficial de la Federación del 26 de junio de 1941.

administrativa o judicial, en materia federal y en el Distrito Federal en materia común. (artículo 30).

El Consejo Unitario, en caso de que decrete la solución del menor al procedimiento, deberá determinar si el mismo se llevará a cabo estando el menor bajo la guarda y custodia de sus representantes legales o encargados, o si quedará a disposición del Consejo en los centros de diagnóstico

El régimen legal expuesto a nuestro parecer, no obstante sus fines de readaptación social, ha sido objeto de fundadas críticas, porque el organismo de aplicación es una institución administrativa con una elevada concentración de funciones, y porque existe un amplio margen de discrecionalidad para determinar los casos en que podrán aplicarse las medidas previstas por la Ley, es decir, deja la defensa de los menores a funcionarios del mismo órgano.

Es por ello, que atendiendo a la realidad mexicana, sabemos que por más loables que sean las tareas que estas instituciones realizan sus servicios aún son insuficientes, pues para evitar que el menor infrinja las leyes, debe estar integrado en un grupo familiar o en una institución, en la que se le brinde la atención y vigilancia necesarias para recibir una formación adecuada, ya que los menores han sido víctimas del abandono legal y moral del ambiente social inadecuado y malsano, que repercute en ejemplos deplorables y en un medio familiar corrompido y deficiente.

No está por demás, mencionar que el Código Civil vigente al referirse a corrección y educación de menores lo hace en forma vaga e incierta, siendo que son uno de los aspectos más delicados que debe tomarse en cuenta por el legislador.

6.- GUARDA O CUSTODIA. Las diferentes acepciones de la palabra custodia nos indican que su objeto, es la conservación, defensa, cuidado, protección y vigilancia de una cosa.

Atendiendo a lo anterior, "custodia proviene del latín custodie, derivado de custos, guarda, o sea la acción y efecto de custodiar, guardar con cuidado y vigilancia una cosa."⁷⁵

El término custodia, en el ámbito del Derecho puede surgir de las más diversas relaciones jurídicas. En el derecho de familia, y siendo la consecuencia más importante de

⁷⁵Carpintel de Wendy, Op.Cit.pág.380.

la patria potestad, adquiere un sentido jurídico que es el cuidado, guarda, dirección y vigilancia de los menores.⁷⁶

Por otra parte, también se define como una consecuencia de la patria potestad que se refiere al cuidado y protección que deben tener los padres respecto a la persona del hijo, sin que se trate de una potestad, sino de una relación natural y jurídica que existe entre padres e hijos, dentro de un ambiente sano en el cual de estos puedan vivir y desarrollarse tanto física como intelectualmente.⁷⁷

Por ello consideramos, que los padres titulares de la patria potestad tienen el derecho a tener consigo al menor, ya que solo así pueden orientar la formación y educación de los hijos en toda la amplitud de este concepto.

Criterio que incluso así se ha sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo el Amparo Directo No. 4029/67. Juan Cantú Villanueva 3 de febrero de 1969. Mayoría de cuatro votos, Ponente: Ernesto Solís López. Informe del Presidente de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1969 página 26:

" La guarda del hijo es el medio de protección material de la persona del hijo, no afecta al concepto jurídico de la patria potestad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado claramente la distinción entre la guarda o custodia del hijo en casos de divorcio, que puede quedar encomendada a uno de los cónyuges, sin perjuicio de que ambos ejerzan la patria potestad. La guarda del menor hijo, implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad, dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarle la satisfacción de todas sus necesidades"

Por su parte, Planiol en su Tratado Elemental de Derecho Civil, pág.262, la define como el " derecho del menor de que habite en la casa de los padres ". De aquí entendemos, deriva la obligación para los que se encuentran bajo la patria potestad, de no dejar la casa de los que la ejercen, sin su permiso o decreto de autoridad competente.

" GUARDA Y CUSTODIA. NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCULADA DE LA POSESION.- Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender

⁷⁶Arias, Serrano Blanca E., La Custodia de los hijos, Revista D.I.F., México 1985, pág 30.

⁷⁷Castán Vázquez, Op.Cit.pág.185.

desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades.

Amparo directo 8236/86.- Manuel Armas Vázquez y otra.- 12 de enero de 1988.- 5 votos.- Ponente: José Manuel Villagordo Lozano.- Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba".

De tal manera, consideramos con apoyo a la tesis transcrita que la guarda no debe concebirse solo como un atributo al lado de otros, sino como el medio que permite realizar concretamente los otros derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad

Así también concluimos que la custodia configura una de las principales razones para el ordenamiento jurídico, toda vez que la guarda de un menor implica el deber de dirigirlo, de proveer su alimentación, tenerlo en su compañía, dispensarle cuidados, educación e instrucción y protegerlo

"Proteger a un menor, es una de las tareas más difíciles a las que se enfrenta cotidianamente quien lo tiene bajo su custodia".⁷⁸ Porque creemos requiere de una gran conciencia y responsabilidad, de entender lo que ello significa porque está de por medio el futuro del niño, porque de la atención que reciba en esta etapa de su vida, radica el porvenir que tendrá y la función que asumirá dentro de la sociedad.

Si bien la guarda y custodia de los menores queda a cargo de los titulares de la patria potestad, existen diversas hipótesis legales, por las cuales solo uno de los progenitores la detenta.

A) Guarda y custodia de los hijos de matrimonio y nacidos fuera de matrimonio

En el primer caso, la custodia de los hijos se ejerce conjuntamente por ambos padres y siempre en beneficio de los hijos, porque el bienestar del niño debe ser la consideración más importante y ninguno de los padres tiene un derecho superior de orden natural.

Los padres por el solo hecho de concebir un hijo, tienen el derecho y el deber de protegerlo y pensar en su bienestar, pues se considera que los cónyuges por la circunstancia del matrimonio adquieren la obligación de alimentar, educar y cuidar a los menores.

⁷⁸Leclercq, Jaques, La Familia. Sección de Ciencia Sociales, Barcelona 1961, pág.121.

Por consiguiente, al ser la custodia el derecho personal más importante que tienen los padres sobre sus hijos, ya que de éste derivará el ejercicio de los demás inherentes a la patria potestad, deben procurar estar siempre de acuerdo en lo referente a crianza, cuidado y educación.

Por otra parte, de la interpretación conjunta de los preceptos que regulan a la patria potestad, se desprende que a falta de los padres la ejercerán los ascendientes, por lo tanto, así mismo se hará entratándose de la custodia, por ser un atributo de la misma.

En el segundo caso, es decir para los hijos fuera de matrimonio, como ya lo mencionábamos en el segundo capítulo de este trabajo, existen diversos supuestos: cuando los padres viven juntos y reconocen al hijo en el mismo acto, ambos tienen la patria potestad y por consecuencia la custodia; cuando habitan juntos pero posteriormente se separan, se pondrán de acuerdo en quién ejercerá la custodia de sus hijos, y si no llegan a un acuerdo, es la autoridad quien decidirá al respecto, velando siempre por los intereses de los menores; y cuando el reconocimiento se efectúe por los padres que no viven juntos en el mismo acto, ambos tienen la patria potestad, pero ejercerá la custodia el que primero hubiese reconocido, si no convienen otra cosa los padres y siempre que el juez de lo familiar no creyera conveniente modificar ese convenio, en caso de disenso resolverá el juez de lo familiar.

En estos supuestos, la Ley es explícita, por lo tanto no creemos que exista dificultad para los tribunales de determinar cuál de los progenitores ejercerá la custodia.

En caso de desacuerdo, reiteramos que en nuestro país se le otorgan amplias facultades al juez de lo familiar para decidir, tomando en cuenta, el bienestar del hijo, no se atiende a los intereses de los padres, que en la mayoría de los casos por egoísmo se empeñan en conservar la custodia de los menores sin percatarse que en muchas ocasiones no son aptos para ello, ni emocional, ni moral, ni económicamente.

B) Guarda y custodia de menores en los casos de nulidad de matrimonio.

Por lo que toca a este punto, tenemos los artículos 259 y 260 del Código Civil, que prevén: " Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso. El juez en todo tiempo podrá modificar la determinación a que se refiere el artículo anterior, atento a las nuevas circunstancias y a lo dispuesto en los artículos 422, 423 y 444 fracción III. "

De lo anterior, podemos advertir que la actual legislación concede a los padres amplias facultades para decidir lo concerniente a la custodia de los menores. Sin embargo, si no existe acuerdo, en este como en otros casos en que existe disenso, resolverá el juez de lo familiar atendiendo a las circunstancias de cada situación.

A este particular, cabe hacer mención al anterior texto de los preceptos que regulaban la nulidad de matrimonio con respecto a los hijos, en los que al igual que en la legislación argentina era pertinente distinguir si existió buena o mala fe de los cónyuges o solo de uno de ellos al celebrarlo, quedando siempre protegidos los derechos de los hijos y los del cónyuge que hubiese procedido con buena fe.

Así mismo, se disponía que cuando la sentencia de nulidad causara ejecutoria si los cónyuges habían procedido de buena fe, los hijos varones mayores de cinco años quedaban al cuidado y custodia del padre, y las hijas al cuidado de la madre.

No obstante lo anterior, es pertinente notar que la Ley vigente en nuestro país otorga una amplia discrecionalidad al juez, al ser éste quien decida sobre la situación del menor, velando siempre por lo que convenga al mismo. Esto es, el juez está obligado a obtener todos los elementos del juicio necesarios para que el interés de los hijos quede protegido, proviendo en todo lo conducente al cuidado, vigilancia y custodia del menor.

Sin embargo, y aunque este precepto no sufrió reforma alguna en 1983, se ha considerado que es aplicable por analogía lo señalado en el numeral 282 fracción VI del Código citado, que si fue reformada, y que expresamente ordena: " salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

Por lo expuesto, es dable mencionar que las resoluciones que el juez haya decretado en la sentencia de nulidad de matrimonio sobre la guarda y custodia de los hijos, y en general en lo que se refiere al ejercicio de la patria potestad no causan estado, ya que a petición del Ministerio Público y oyendo siempre a los interesados, podrá privar o limitar su ejercicio a cualquiera de los cónyuges y nombrar para que la ejerza a uno solo, o los demás que tengan derecho, o bien designar tutor cuando llegue a su conocimiento que la vida, salud o educación de éstos se encuentra en peligro.

C) Guarda y custodia de los menores en los casos de divorcio voluntario

Son muchos los problemas que se suscitan al pronunciarse una sentencia de divorcio, y aún dentro del procedimiento, conflictos que revisten una gravedad extrema

cuando el aspecto de la guarda esta en disputa, ya que ambos padres tienden generalmente a obtenerla o conservarla.

Estas resoluciones representan a menudo un problema para los tribunales, porque se tiene que decidir a cual de los progenitores se le otorgará la custodia, ya sea ésta provisional o definitiva, aun cuando estas sentencias no son definitivas, pues siempre estarán sujetas a cambios dadas las circunstancias en cada caso particular atendiendo primordialmente al bienestar del menor.

El jurista Jossierand expone un planteamiento general de éste problema: "Considerando que: Primero. No debe privarse a los hijos de un matrimonio divorciado de ninguna de las ventajas que les confieren las leyes; Segundo. Los progenitores no deben ser eximidos del cumplimiento de las obligaciones que les impone la Ley, tales como las de alimentos, educación etc. y; Tercero. Al regular principalmente en el divorcio la cuestión de la guarda de los hijos, deberán perseguirse diferentes finalidades todas ellas con un común denominador, las mejores condiciones de existencia en interés de la prole".⁷⁹

De esta manera, se advierte que al igual que en la patria potestad, en la custodia de menores deberá prevalecer el interés del menor para su pleno desarrollo y formación personal, aun y cuando se haya disuelto el vínculo matrimonial entre sus progenitores, pues no hay que pasar por alto que el divorcio no libera a los padres de las obligaciones emergentes de la patria potestad, toda vez que no todos los deberes entre padres e hijos derivan de ésta, ya que algunos son consecuencia directa de la filiación, entendida esta como la relación entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra.

Como ya lo indicamos, ningún padre será privado de la guarda a menos que esto suceda por algunas razones graves que demuestren que no es el indicado para ser el custodio, o que no tenga interés en ejercitar su responsabilidad.

Tratándose de divorcio por mutuo consentimiento o divorcio voluntario, los consortes podrán ocurrir ante el Juez competente en los términos de lo preceptuado por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para lo cual están obligados a presentar un Convenio o Acuerdo en que se fijen entre otros puntos, la designación de persona o personas a quien sean confiados los hijos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio; así como el modo de subvenir a las necesidades de los mismos. Artículo 273 del C.C.

⁷⁹Jossierand, Op.Cit. pág.438.

"ARTICULO 273.- Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al juzgado un convenio en que fijen los siguientes puntos.

I.- Designación de persona a quien sean confiados los hijos de 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."

Mismo numeral que se reafirma con lo previsto en el artículo 275 del ordenamiento citado. "Mientras que se decreta el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional y dictará las medidas para asegurar la subsistencia de los hijos, a quienes hay obligación de dar alimentos".

Ahora bien y toda vez que el Código Civil no distingue expresamente sobre las medidas a tomar tratándose de la custodia de menores, para los casos de divorcio voluntario y divorcio necesario, abordaremos el último supuesto, analizando en forma conjunta y para ambas hipótesis los preceptos a ellas relativos

D) Guarda y custodia de menores en los casos de divorcio necesario.

En los supuestos de divorcio necesario, cuando existen motivos para que uno de los cónyuges solicite el divorcio, se presenta entre otros un problema en cuanto a la custodia de los hijos, porque frecuentemente se convierte en una competencia que cada parte quiere ganar.

Al efecto, es el numeral 282 del citado Código Civil quien establece que al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y solo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes; poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos. En defecto del acuerdo fijado, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos, al igual que en otros casos, el juez previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente.

Así, también prevé que salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre

En relación al numeral en comentario, se establecen las medidas provisionales que el juez debe dictar en los juicios de divorcio contencioso y de nulidad de matrimonio, como es la de proporcionar los alimentos para los hijos que los necesiten, así como

expresamente otorga a la madre la custodia de los menores de siete años, a su vez tendrá que tomar en cuenta que el cónyuge encargado del cuidado de los hijos durante el procedimiento de divorcio, cumpla con la obligación establecida.

Cabe destacar que el último párrafo del artículo en cita, a sido motivo de estudio de nuestro Máximo Tribunal, cuyo criterio sustentado por la Tercera Sala a la letra señala:

"GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE SIETE AÑOS. SALVO PELIGRO PARA SU NORMAL DESARROLLO, DEBE OTORGARSELE A LA MADRE.- Establece el artículo 282, fracción VI, último párrafo del Código Civil para el Distrito Federal que "salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre". Por tanto si no se acredita fehacientemente que esta incurre reiteradamente en conductas u omisiones que afectan el normal desarrollo de su hijo menor debe otorgársele su custodia definitiva

Amparo directo 8362-87.- Concepción Perla Bellot Campos 15 de diciembre de 1987.- 5 votos.- Ponente: Mariano Azuela GUITRÓN.- Secretaria: María Estela Ferrer McGregor Poisot."

Reiterando podemos considerar que con la reforma realizada al Código Civil en 1983, se desprende la tendencia legislativa de independizar a la patria potestad de los juicios de divorcio.

Por su parte, el artículo 283 del Código referido dispone que el Juez tiene las más amplias facultades para resolver sobre la patria potestad y por consecuencia la situación de la guarda o custodia de los hijos en aquellos casos de divorcio, mismo numeral que fue motivo de estudio en el capítulo segundo de este análisis, concretamente en lo relativo a pérdida de la patria potestad, y al cual nos remitimos para su mejor comprensión.

No obstante y en virtud que el Código Civil no especifica que tratándose de divorcio voluntario o divorcio necesario proceda tal o cual circunstancia, consideramos que los artículos 284 y 285 son plenamente aplicables a ambos casos

Así, el numeral 284 citado faculta al Juez de lo familiar antes de que se provea en definitiva sobre la patria potestad o tutela de los hijos a acordar a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

Dada la lectura a la disposición en comento, nada obstaria a que la titularidad de ambos cónyuges se limite en su ejercicio, otorgando la guarda a los abuelos.

A este particular, es pertinente citar por analogía la siguiente tesis jurisprudencial, donde se advierte que la guarda y custodia debe determinarse conforme a los intereses del menor, aclarando que dicha tesis se refiere al Código Civil del Estado de Coahuila.

"GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONFORME A LOS INTERESES DE LA MENOR. ESTADO DE COAHUILA.- Si la autoridad responsable para confiar la guarda y custodia de una menor a los abuelos paternos no solo toma en cuenta el factor económico sino tambien que la madre ha tenido fuera de matrimonio hijos de distintas personas, que tiene la costumbre de mentir, así como que en el lugar en que vive no permite un desarrollo sano de la menor y, finalmente, considera la opinión del agente del Ministerio Público en el sentido de que la menor al lado de su madre se encuentra en un estado de inestabilidad en cuanto a su formación moral, educativa, familiar y económica, debe concluirse que el Juez resuelve el conflicto familiar de acuerdo con el Artículo 380 del Código Civil del Estado de Coahuila, pues fundamentalmente tomo en cuenta los intereses superiores de la menor.

Amparo directo 3355/86. Laura Andrea Villagrán .- 25 de marzo de 1987.
Unanimidad de 4 votos. Ponente : Ernesto Díaz Infante. Secretario:
Guillermo A. Hernández Segura".

Finalmente, es pertinente resaltar que el padre y la madre aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos (art 285 C.C.), dado que algunas de éstas derivan expresamente de la filiación.

Los Códigos Civiles de las Entidades Federativas en términos generales, prevén tratándose de patria potestad, los mismos lineamientos normativos del Código Civil del Distrito Federal, sin embargo existen algunos ordenamientos que establecen cuestiones que éste último no tipifica expresamente, por ejemplo, el Código Civil para el Estado de Quintana Roo, publicado en el Periódico Oficial del Estado el mes de octubre de 1980, señala en su libro Tercero, capítulo III - "De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad y perderse la custodia"; asimismo prevé que la custodia no es renunciable, además que no ejercerán la custodia quienes hallan sido declarados padre o madre respectivamente en juicio de investigación de la paternidad o maternidad, salvo que el Juez estime que esa custodia es conveniente al menor y, por último en caso de que los progenitores vivan separados, la custodia correspondera a la madre aunque sea menor de edad, a menos que el hijo se halle legalmente en poder del padre.

De lo anterior se concluye, en primer término que la patria potestad no se pierde, únicamente y en casos específicos se pierde la custodia de los menores, además que es éste uno de los Códigos Civiles de la República que primordial y concretamente se ocupa de ésta última, no obstante no define lo que debe entenderse por una y otra.

Por otra parte, el Código Civil para el Estado de Puebla, publicado en el Periódico Oficial de la Entidad el día 30 de abril de 1985, establece en sus artículos 635, 636 y 637, lo siguiente:

"ARTICULO 635.- Cuando conforme a éste Código deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda de un menor solamente uno de sus padres, se aplicarán las siguientes disposiciones.

- I.- El padre y la madre convendrán quien de ellos se hará cargo de la guarda del menor y con éste habitará el hijo;
- II.- Si los padres no llegaren a ningún acuerdo:
 - a) Los menores de 7 años quedarán al cuidado de la madre.
 - b) El Juez decidirá quien debe hacerse cargo de la guarda de los mayores de 7 años pero menores de 14.
 - c) Los mayores de 14 años elijan cual de ambos padres debe hacerse cargo de ellos y si éstos no eligen, el Juez decidirá quien deba hacerse cargo de ellos;
- III.- En caso de divorcio necesario se estará a lo que disponga la sentencia que lo decreta

ARTICULO 636.- Lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo anterior no impide al Juez encomendar la guarda de los menores a los abuelos, cuando ello sea conveniente para los menores mismos.

ARTICULO 637.- En los casos de los artículos 569 y 570 y 635, y cuando la patria potestad corresponda solo al padre o a la madre o solo a uno de los abuelos, convendrán aquellos o éstos el tiempo, modo y lugar en que podrá visitar a los menores y comunicarse con éstos el ascendiente con el que no viva el menor y si no llegaren a un acuerdo resolverá el Juez éstas cuestiones "

De lo expuesto, claramente puede advertirse cuan necesario es que exista una unificación legislativa federal en materia de patria potestad, a efecto que se incluyan debidamente todos y cada uno de los derechos y deberes que ésta entraña, que coadyuven

principalmente al mejor desarrollo y bienestar de la niñez mexicana abarcando sus aspectos psíquicos, físicos, morales y culturales.

Por último y por lo que respecta a los efectos de la patria potestad sobre los bienes del menor conforme a la legislación actual tenemos:

1.- ADMINISTRACION LEGAL. Quienes ejercen la patria potestad tienen también la obligación de ocuparse de los bienes de aquellos sometidos a la misma, a cuyo efecto la Ley les acuerda el derecho-deber de administración (ART. 425 C.C.)

Administrar significa tener la gestión de un patrimonio o de algunos bienes sin que implique necesariamente la facultad de su disposición.⁸⁰

En tal sentido, es Galindo Garfias quien distingue entre actos de administración y actos de disposición." Los primeros son aquellos que tienden a la conservación de los bienes y a la percepción de los frutos que éstos produzcan, mientras que los segundos producen una disminución patrimonial o gravan el mismo".⁸¹

Con relación a esta potestad, queda establecido que su finalidad es mantener el capital de los sujetos pasivos para entregarlo a su libre administración al terminar su estado de minoridad o incapacidad de ejercicio.

Al efecto, este derecho-deber que se ejercita sobre los bienes, implica en primer término la obligación de conservar el patrimonio de los menores, no obstante se ha considerado por la Doctrina que la administración tiene por objeto no solo el mantenimiento, sino también la inversión y en la medida de lo posible el aumento del patrimonio que es confiado a la misma.

Esto es, parece evidente que si quien administra pudiendo incrementar el patrimonio se limita a mantenerlo, cumple con el mínimo legal exigido, pero no con la finalidad que inspira la institución y que consiste en lograr el mayor bienestar presente y futuro de los sometidos a ella

Por ministerio de Ley, al igual que la patria potestad en general, éste derecho deber es intransferible, pues dado su carácter personalísimo no puede ser transmitido a título gratuito ni oneroso, no obstante ello no priva a que su titular pueda otorgar un poder a un tercero para realizar bajo sus instrucciones actos que lo integran.

⁸⁰Campora Héctor, Op.Cit.pág.65.

⁸¹Galindo Garfias, Op.Cit.pág.681.

Tanto respecto a la administración como al usufruto legal, los bienes de los sujetos pasivos se distinguen en dos clases conforme al artículo 428 del C.C.

- a) Los que obtengan por su trabajo y;
- b) Los que adquieran por cualquier otro título.

Distinción esta que tiene su origen en la institución romana de los peculios, tal y como se desprende de los antecedentes históricos referidos. Los bienes de la primera clase, o sea los que obtiene el menor por medio de su trabajo le pertenecen en propiedad, administración y usufructo; en consecuencia con respecto a estos bienes los titulares no tendrán ingerencia o participación alguna. Por el contrario, los bienes que obtenga el menor por cualquier otro título (herencias, legados, donaciones, azares de la fortuna), pertenecen en propiedad al menor, pero su administración y mitad del usufructo corresponde a los que ejercen la patria potestad (arts. 429 y 430 del C.C.). Sin embargo, si el donante o testador a dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o se destine a un fin determinado se estará a lo dispuesto.

Ahora bien, cuando la patria potestad es compartida, esto es, se ejerza al mismo tiempo por el padre y por la madre o por el abuelo y la abuela o por los adoptantes, será administrador uno de los dos decidido de común acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

Así mismo, como el que ejerce la patria potestad es el representante legal del menor y su administrador, representará a su hijo en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, sino es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la Ley lo requiera expresamente.

Por otro lado, cuando por ministerio de Ley o por voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la Ley para gravar, enajenar o hipotecar bienes raíces. Pero por regla general la administración incumbe a los padres, con lo que se configura uno de los efectos principales de la patria potestad.

La idea fundamental que presiden las facultades de administración en materia de patria potestad es la de conservación de los bienes, por ello la propia Ley limita a las personas que la ejercen como simples administradores de los mismos porque no pueden comprar los bienes de los menores que se encuentren bajo su potestad, salvo los adquiridos por su trabajo, y con igual fundamento vender los suyos o celebrar cualquier contrato mediante el cual se pueda perjudicar al menor; así tampoco pueden enajenar ni

gravar de manera alguna los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, solamente por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del Juez competente.

Por ende, cuando esta autorización sea otorgada, el Juez deberá tomar las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto que se destino, y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

A este efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito y quien ejerza la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial. Esta interpretación tiene su fundamento en la circunstancia de evitar que quienes ejercen la potestad puedan prevalerse de su situación para obtener beneficios en perjuicio de los intereses de quienes deben tutelar.

Por otra parte y de la interpretación conjunta de las normas relativas a la materia, dentro de las limitaciones en el derecho de administrar los bienes que tienen los que ejercen la patria potestad se encuentran las siguientes:

- a) No podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de 5 años, ni recibir la renta anticipada por más de 2 años;
- b) No podrán vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones frutos y ganados por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta;
- c) Tampoco podrán hacer donación de los bienes de los hijos, ni perdonar deudas en favor del menor, o remisión voluntaria de los derechos de éstos;
- d) No podrán dar fianza en representación de los bienes de los hijos. La sanción para los actos que requiriendo de autorización judicial fueran realizados sin ella, es la nulidad relativa, toda vez que al llegar el menor a la mayoría de edad podrían ser confirmados.

Con respecto a las limitaciones expuestas, la Ley expresamente faculta a cualquier persona interesada o al propio menor si ya tiene 14 años o al Ministerio Público en todo caso, a recurrir ante el Juez competente para impedir que por la mala administración los bienes del hijo se derrochen o disminuyan.

A este particular, el profesor Rafael de Pina Vara, (Op. cit. pág. 383) argumenta que la intervención judicial autorizada para los casos a que se ha hecho mención y que

son los expresamente permitidos por el legislador, necesariamente se realizarán a través de requerimiento expreso, ya que no esta permitida la intervención de oficio.

En todos los casos en que exista un interés contrapuesto entre los que ejercen la patria potestad y los menores sujetos a ella, se les nombrará por el Juez un tutor dativo para que los represente en juicio y fuera de él (art.440 C.C.). Al efecto debe destacarse que no es necesario que se ponga en peligro el patrimonio del menor, sino basta con que se realicen actos de mala administración que pudieran perjudicarlo, así como dicha intervención sería procedente por la inhabilidad o ineptitud del titular que administra.

Los que ejercen la administración tienen obligación de dar cuentas de la misma; la Ley no señala plazo para esta obligación, no obstante de su interpretación conjunta con los demás numerales, debe entenderse que se efectuará a petición de parte interesada y siempre al terminar el ejercicio de la patria potestad.

Asimismo una vez que los hijos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, los que ejercen la patria potestad les entregarán todos los bienes y frutos que les pertenezcan (art. 442 C.C.)

Finalmente de la interpretación a los numerales 430, 441 y 442 del Código Civil se colige que los titulares de la patria potestad están obligados a reparar los daños que causen al menor sujeto a ella, por su mala administración ya que tomando en cuenta que la función de la patria potestad es el cuidado de la persona del hijo y la conservación de sus bienes, están obligados a reparar el daño y el perjuicio que causen al descendiente por los actos dañosos y contrarios a la conservación de su patrimonio

2.- **USUFRUCTO LEGAL.** Para Héctor Cámpora en su obra "Patria Potestad" (Op. cit. pág 76) el usufructo legal es "un desmembramiento del derecho de propiedad, cuya denominación proviene de los vocablos usus: uso, y fructus frutos".

Continua dicho autor que "Consiste en el derecho de percibir las rentas derivadas del normal aprovechamiento de la cosa, en términos generales, es el derecho de usar y gozar de bienes ajenos sin alterar su forma ni sustancia".

De acuerdo a la legislación vigente se trata de un derecho real, cuya regulación se haya prevista en los artículos 980, 981 y siguientes del Código Civil, que puede constituirse por ministerio de Ley, por la voluntad humana o por prescripción.

En atención a que tiene su origen en la Ley suele denominarse usufructo legal, configurando el único caso contemplado por el Código Civil.

Para Planiol⁸² el derecho de usufructo legal, encuentra su origen en la institución francesa denominada "guarda," que consistía en el derecho de obtener la renta de los bienes que pertenecían al hijo menor a condición de tener algunas obligaciones entre las que se contaba la de educar al hijo".

Por consiguiente, tenemos que el usufructo legal es el derecho que tienen quienes ejercen la patria potestad de usar y gozar de la mitad de los bienes que los sometidos a ella adquieren por cualquier otro título que no sea su trabajo con sujeción a las obligaciones que la Ley les impone. Por tal motivo, el derecho que da este usufructo se circunscribe a un 50% y solo de los bienes que el hijo haya adquirido por título diverso a su trabajo.

El fundamento de este derecho en la institución en análisis ha resultado tema controvertido, en la doctrina mexicana por una parte se señala que es una ayuda al progenitor por la carga de manutención y educación del hijo; y que es una compensación por la administración de su patrimonio o por todos los sacrificios que los padres realizan por sus hijos. Sin embargo, también ha sido motivo de crítica por considerarse impropia una compensación por el cumplimiento de obligaciones que deberían ser gratuitas.

No obstante, diversos autores como Castán Vázquez (Op. cit. pág.273) encuentran su justificación no en base a un principio de compensación o contraprestación de una obligación que haría de la patria potestad un derecho lucrativo, sino por motivos de solidaridad familiar, tendiente a evitar diferencias notorias entre los miembros de una familia.

Al efecto, el Código Civil vigente establece en el artículo 431, la posibilidad de que el usufructo sea renunciado por los titulares, esto trae como consecuencia que se proyecte más como un derecho para quienes la ejercen que como una institución en favor del menor cuyo sentido sea netamente familiar.

Los caracteres del usufructo legal son: Es temporal, toda vez que no se extiende más allá de concluida la patria potestad; es inalienable, no puede ser cedido, enajenado o gravado en todo o en parte y; por último es renunciable. A este particular si la renuncia del usufructo se realiza a favor del hijo, se considerará como donación (art. 432 C.C.).

El usufructo legal de conformidad a lo previsto en la Ley vigente recae sobre los bienes que los menores adquieren por herencia, legado, donación y por don de la fortuna,

⁸²Planiol Marcel, Op.Cit.pág.274.

en otras palabras, sobre la mitad de los bienes adquiridos por cualquier otro título que no sea su trabajo.

En relación a los bienes excluidos del usufructo tenemos a los siguientes:

a) Los réditos y rentas vencidos antes de que entren en posesión de los bienes los que ejercen la patria potestad, (art. 433 del C.C.).

b) Los bienes dejados por herencia, legado o donación a los sujetos pasivos, con disposición del donante o testador de que el usufructo pertenezca a los mismos o se destine a un fin determinado, (art. 431 in fine del C.C.).

c) Los bienes adquiridos por incapacidad para heredar de los que ejercen la patria potestad, (art. 132O).

La Ley prohíbe en esta última disposición que quienes han sido excluidos de una herencia por incapacidad para adquirir en los casos de intestado, puedan indirectamente disfrutar de los bienes de la sucesión a través de un representante.

Para Antonio de Ibarrola⁸³ el usufructo corresponde a los titulares de la patria potestad aún en caso de que la guarda o custodia la tenga uno de ellos, y cesa con la pérdida de la misma.

De manera que en los casos de nulidad de matrimonio, divorcio voluntario o separación de hecho, en razón que la patria potestad no se pierde, le seguirá correspondiendo a ambos, así también en el caso de que los padres que no se encuentren casados no vivan juntos o dejen de convivir, recordando que en cualquiera de las hipótesis señaladas persiste el cumplimiento de la obligación alimentaria y demás deberes legales.

Tratándose de los supuestos de divorcio necesario, dada la amplitud del artículo 283, deberá estarse a lo dispuesto a la resolución judicial que puede disponer o no la pérdida de la patria potestad o alguno de sus atributos, pudiendo afectarse este derecho de usufructo legal. En estos casos de pérdida o del usufructo por uno de los titulares o muerte de uno de ellos este derecho corresponderá al otro.

⁸³Ibarrola, Op.Cit.pág.375.

Obligaciones y derechos que surgen del usufructo:

De conformidad con el artículo 434 del Código Civil, el usufructo lleva consigo la obligación de atender con el la de los alimentos y, además las impuestas a los usufructuarios.

Por tal motivo, las obligaciones en consecuencia a la lectura de tal numeral serían:

- a) Atender los alimentos, pues se considera preferentemente que los frutos del usufructo deberán aplicarse al pago de los alimentos.
- b) Formular inventario de todos los bienes haciendo tasar los muebles y constar el estado de los inmuebles.
- c) Conservar los bienes, siendo el usufructo a título gratuito existiría la obligación de reparación a cargo de los titulares de este derecho.
- d) Destinarlos a un uso que sea propio por su naturaleza.
- e) Responder de las cargas usufructuarias.
- f) Restituir los bienes.
- g) Responder por los deterioros que se les haya causado.

Por otro lado, los titulares de la patria potestad que han sido declarados en quiebra, o estén concursados, cuando contraigan ulteriores nupcias o cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos, tendrán obligación de dar fianza (art. 434 del C. C.)

Con relación a los derechos, ellos consisten en usar y gozar de los bienes sometidos al mismo. el de disfrute comprende los frutos naturales, industriales y civiles⁸⁴

El derecho de usufructo legal se extingue por emancipación derivada del matrimonio o mayor edad del sujeto a ella, por pérdida de la patria potestad y por renuncia, (art. 438 del C.C), en general se considera que dadas las particulares características de este derecho no son aplicables las otras formas de extinción del derecho real, salvo los casos de pérdida total de la cosa, pues en caso de pérdida parcial continua sobre lo que quede.

⁸⁴Campora Héctor, Op.Cit.pág.83

Por último y como se sostuvo anteriormente, el usufructo es renunciable, y la renuncia puede ser efectuada por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda, y se considera como donación.(art.432 C.C.)

CAPITULO IV.

OMISION LEGISLATIVA DE LOS ASPECTOS PRACTICOS QUE SURGEN CON EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

EL DERECHO DE VISITA DEL MENOR DERIVADO DE LA CUSTODIA.

Pretendiendo que lo expuesto haya quedado claramente establecido, a continuación será motivo de estudio otro de los derechos-deberes inherentes a la patria potestad, mismo que si bien surge con toda notoriedad y frecuencia en la práctica, queda fuera de éste conjunto por la omisión legislativa que existe al respecto.

Evidentemente, la crianza de los hijos, no consiste únicamente en satisfacer necesidades materiales y físicas, sino también necesidades emotivas, de amor y afecto, proporcionándoles un sentido de seguridad, cuidado, protección y bienestar que coadyuven a la formación íntegra de su persona.

Durante la infancia, el ambiente familiar es el único que el niño conoce. "Estudios psicológicos y el psicoanálisis en particular, las ciencias etnológicas y antropológicas, han demostrado la importancia de la familia para el desarrollo, psíquico, social y cultural del niño".⁸⁵ por ello, como son los padres quienes conforman su ambiente primario su influencia para el desarrollo de la personalidad es preeminentemente de gran trascendencia.

Los años más importantes para la formación del niño transcurren en el seno de la familia. El tipo de relación que tenga con la madre influirá en su vida de adulto; el padre es el primer modelo de autoridad con que se encuentra; nace, crece y se desarrolla normalmente con la familia y en el seno de ella forma sus primeras relaciones, se siente seguro y protegido, o bien, en caso de que la familia sea deficiente en algún aspecto de ella, ahí tienen origen sus ansias, sus angustias y sus inseguridades, es decir, la formación íntegra del hijo requiere necesariamente la presencia de un grupo familiar estable, cohesionado y armonioso, el que en caso de desestabilización, da lugar entre otras causas al funcionamiento anómalo de la patria potestad ante la imposibilidad de que los progenitores satisfagan debidamente sus deberes y ejerzan con plenitud los derechos.

Por consiguiente, todas las habilidades, virtudes, defectos o trastornos presentes en el menor dependen estrechamente de su familia.

⁸⁵Leclerqu Jaques. Op.Cit.pág 132

No obstante, cuando en la vida familiar se hace patente la separación conyugal de hecho o la ruptura del vínculo matrimonial por divorcio existen hijos menores, y la sentencia decretada por el Juez de lo familiar, los confía en su guarda o custodia a uno de los progenitores, se admite en nuestro sistema de Derecho sea por Convenio o Acuerdo entre las partes, o bien por decisión del Órgano Jurisdiccional, que el otro progenitor pueda tener trato o comunicación con ellos, a efecto de mantener la cohesión y nexo familiar.

Esto es, de la experiencia práctica claramente se observa que cuando los padres llegan a una situación de violencia definitiva y no existe posible reconciliación, e incluso cuando la disensión se ha mantenido oculta, una separación completa es acogida como un alivio para los menores, razón de más, para que se origine el desmembramiento de la patria potestad, al otorgar la guarda o custodia a uno de sus titulares, lo que determina el derecho para el otro, a tener contacto con el menor o menores hijos.⁸⁶

Las buenas relaciones entre el menor y sus progenitores son de gran importancia para él, teniendo estos que hacer los esfuerzos posibles para mantenerlas. En los Convenios o Acuerdos pueden, si lo consideran benéfico, compartir la custodia del hijo, pero la realidad práctica ha demostrado que es mejor para ellos vivir con uno de los padres y visitar o ser visitado por el otro.

A este derecho se le conoce o denomina derecho de visita.

Generalmente en la mayoría de las legislaciones, es permitido al progenitor que no detenta la custodia, el derecho de visita basándose en el hecho de que es normal a los intereses del niño mantener contacto con ambos padres.

CONCEPTO DE DERECHO DE VISITA.

Se llama derecho de visita en general, a la "facultad que le asiste al titular de la patria potestad que no tiene la guarda del menor, de comunicarse con el mismo".⁸⁷

Sin embargo, el derecho en análisis trasciende esta mera caracterización, dado que comprende no solo el contacto físico (visita), sino también la posibilidad de convivir y de comunicarse con el menor, y en definitiva, de desempeñar los demás derechos y deberes inherentes a la Institución en estudio.

⁸⁶Arias Serrano, Op. Cit. pág. 68.

⁸⁷Campora Héctor, Op. Cit. pág. 107.

El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, es omiso, respecto de la regulación y por consiguiente conceptualización de este derecho, pues únicamente señala las medidas preventivas a seguir cuando uno de los padres detenta la custodia de los menores, sea en los casos de divorcio o nulidad de matrimonio, más no especifica norma o hipótesis legal alguna respecto al derecho del titular que no la posee para visitarlo.

Esto es, como atinadamente lo expone Castán Vázquez, "el deber de los padres que al propio tiempo es derecho de convivir con sus hijos, es natural consecuencia de la función de la patria potestad".⁸⁸

En la doctrina moderna, principalmente la española se habla del derecho de guarda de los padres con un amplio concepto que comprende los elementos esenciales para gobernar al hijo: educación, asistencia, vigilancia y corrección, siendo importante de resaltar que para ello, necesariamente se requiere de la convivencia. Sin embargo, "este conjunto de deberes puede ser cumplido sin que el hijo habite en el hogar paternal, a través del derecho de visita"⁸⁹

A este particular, no debemos pasar por alto que el menor tendrá como domicilio el mismo de sus progenitores, no obstante, en efecto si solo uno de los progenitores detenta la custodia porque no vivan juntos, el otro podrá cumplir con los demás atributos inherentes a la patria potestad mediante el derecho de visita.

Por tal motivo, se advierte que el derecho de los padres de visitar a los hijos deriva de la patria potestad como medio normal de cumplir con la función que ésta entraña, toda vez que un padre que ha sido privado de la custodia de sus hijos no pierde por ello el derecho de visitas, ya que es costumbre frecuente conceder al que pierde la custodia, el derecho de futuras visitas al niño.

Así es, el derecho español y uno de los cuales si prevé tal facultad para el titular que no obtuvo la custodia, el que señala que el derecho de visita generalmente puede perfilarse sin negar el derecho de patria potestad

Actualmente, afirma Planiol en su Tratado Elemental de Derecho Civil pág 299, "es la Jurisprudencia Francesa la que ofrece las más recientes sentencias acerca del Derecho de visita", y un ejemplo que cita es la Sentencia de 24 de Junio de 1979, en la cual no se discutió en si tal derecho, sino el lugar en que estas se realizarían, ya que dicho

⁸⁸Castán Vázquez, Op Cit. pág. 185.

⁸⁹Castán Vázquez, Op Cit. pág. 187.

fallo expresamente señaló: "que es de derecho natural nacido del amor filial, el que la madre o el padre vean a sus hijos".

A este particular, cabe mencionar que en la República Mexicana ninguno de los Códigos Civiles de las Entidades Federativas define o conceptualiza este derecho de visita.

En este orden, se advierte que la facultad del titular, que no obtuvo la custodia, no posee únicamente un contenido meramente afectivo, sino también deberá tener un alcance legal, ya que no debe pasarse por alto que es necesario el dialogar amistosa y abiertamente con los hijos, incluso jugar y bromear otorgándoles una sincera confianza y seguridad, ya que se trata de formar hombres y mujeres sensatos, libres con responsabilidades, adoptando las dificultades y peligros que ello pueda entrañar, dado que en caso contrario solo se conseguirán sujetos rebeldes o cohibidos que no podrán aportar ningún beneficio ni a la familia, ni a la sociedad, ni al país, lo cual se puede evitar a través del derecho de visita.

FIJACION Y LIMITES AL REGIMEN DE VISITA.

El régimen de visita en nuestro derecho, puede ser convenido por los titulares de la patria potestad o ser fijado por el Juez de lo Familiar en el fallo, estableciéndose los días, lugares y duración de las mismas

Sin embargo, se ha observado en lo que respecta al Régimen de visitas, que éste por su propia naturaleza, "no puede ser regulado en todos sus extremos, con ese carácter general que es propio de las normas jurídicas, dado que los elementos personales y situaciones a los que viene referido, en las circunstancias concretas se presenta con tal multitud de variantes que es prácticamente imposible su ordenación normativa".⁹⁰

En éste sentido el regimen de visitas, puede quedar sometido al Acuerdo entre las partes o bien a la discrecionalidad del Juez de lo Familiar. No así el derecho-deber de visita para quien no posee la custodia del menor.

Por otra parte, se ha considerado en la realidad práctica que cuando la patria potestad, solo se ejercita por el padre o la madre, se producen efectos negativos que jueces y legisladores tratan de evitar.

⁹⁰López, Hernández Gerardo Miguel. La Defensa del Menor. Tecnos S.A. Madrid 1987, pág.189-190.

A este particular, nuevamente es la doctrina española la que ha destacado que existe la posibilidad de que la discrecionalidad otorgada al juez sea confundida con la arbitrariedad, en la que puede caerse cuando se entiende mal lo discrecional, que indudable y evidentemente debe hallarse sujeto a la normatividad general. De tal manera concluimos que el margen que se otorga al Juzgador para adecuar las circunstancias a la diversidad de los supuestos concretos debe estar interpretado de manera conjunta y armónica con todos los preceptos legales, velando siempre por el bienestar e interés del menor, ya que no pueden ir más allá o en contra de los criterios generales previstos en la norma.

Actualmente, en lo relativo a esta figura de la patria potestad el concepto del bienestar debe considerarse desde el punto de vista del niño y no del progenitor. Para el niño cuyo padre ha realizado históricamente la función de tal, creando un lazo sólido entre éste y su padre o madre, es importante y debe dejarse siempre y cuando este en condiciones de hacerlo, que el propio menor decida a aquel de sus padres con el que emotivamente se sienta más vinculado y debiendo respetar el Juzgador la elección de éste si no es perjudicial para sus intereses.

En cambio, respecto al Acuerdo o Convenio entre las partes, opinan connotados Juristas como la canadiense Marie Pratte citada por Lisandro Cruz Ponce⁹¹ "que no debe privarse de la patria potestad a uno de los progenitores para concederla en forma exclusiva al otro", sin embargo consideramos que si dicha situación se da, es necesario adoptar las medidas pertinentes para evitar daños al hijo.

Entre ellas, podemos citar la patria potestad alternada y la guarda conjunta o compartida, cuyos principales exponentes en México son la Lic. Blanca E. Arias Serrano y Lisandro Cruz Ponce.

Esto es, en la guarda alternada, se propone que el hijo debe vivir sucesivamente por periodos a veces muy prolongados con cada uno de sus padres, quienes ejerceran por turno los derechos y deberes inherentes a la autoridad parental.

Al respecto, nuevamente es la C. Marie Pratte, (Op cit pág 63) quien opina que este sistema presenta desventajas e inconvenientes, por una parte, porque si bien permite que el hijo viva en forma alternada, en contacto directo e íntimo con cada uno de los progenitores y no exclusivamente con uno de ellos, esta convivencia resulta benéfica para el menor al subsistir la confianza y afecto filial que el divorcio o la separación interrumpiera; pero se le critica, porque no ofrece estabilidad moral y material al hijo,

⁹¹Véase Cruz Ponce Lisandro, Patria Potestad y Guarda Alternada y Conjunta o Compartida. Derechos de la Niñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. pág 61-sigs

quien periódicamente debe cambiar, de escuela, amistades, cuidado e incluso país, con grave daño para su formación social y educacional.

El sistema de la guarda conjunta o compartida, que ya se ha puesto en práctica en otros países⁹² evita que a cualesquiera de los ascendientes se le prive del ejercicio de la patria potestad, aunque es pertinente hacer notar que para el buen funcionamiento de éste, es necesaria la colaboración de ambos progenitores.

Esto es, entendemos que de común acuerdo los titulares convendrán a quien corresponde el cuidado personal del hijo, obligándose el otro a una cooperación, en lo posible, igual o semejante a la existente antes de la separación.

Los partidarios de este último sistema, principalmente extranjeros, afirman que éste asegura la continuidad de contacto entre progenitores e hijos, e impide el desinterés por parte del que no queda al cuidado personal del menor. A nuestro parecer es acertado tal criterio, pues generalmente el progenitor al perder contacto con el hijo y pasado el tiempo se transforma en un extraño, en desconocido y hasta en enemigo, para lo cual es importante se otorgue el más amplio derecho de visita y de correspondencia con el menor o menores, a fin de intervenir en todos los aspectos relacionados con sus intereses.

Además porque este nuevo sistema a su vez permite plenamente mantener las relaciones afectivas entre padres e hijos, quienes estarán en situación de proporcionar la ayuda material y moral que estos requieran.

Ahora bien, en el establecimiento del sistema en comentario, creemos que no basta con el simple acuerdo de los progenitores, ya que requiere fundamentalmente la ratificación jurisdiccional por el Juez de lo familiar, quien al resolver deberá considerar como intereses superiores los del hijo, atendiendo a aquellos beneficios y cuidados indispensables para la satisfacción de sus necesidades psíquicas y materiales de acuerdo a su edad.

La Lic. Blanca E. Arias Serrano, en su artículo denominado "La Custodia de Menores" y publicado en la revista D.I.F. de julio de 1985, pág 88, señala por ejemplo, el Estatuto de Ohio de 1978, en el que se le concedió al menor de 10 años el derecho a seleccionar con cual de los padres desea vivir, pero la custodia sería negada al padre elegido si no resultaba apto.

⁹²Véase Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Op.Cit.pág.98.

Hoy en día se considera por un amplio sector de la doctrina, e incluso Jueces familiares, que se le debe preguntar al niño con cual de sus padres se quedaría, porque se encuentra ligado con él, sin tomar en cuenta el aspecto material sino el emocional, es decir, debe darse al niño la oportunidad de decidir por uno o por otro; y este derecho debe ser reconocido como algo vital en su decisión.

Por consecuencia, reiteramos que hay que considerar siempre el bienestar e interés del niño, entendiendo por ello la necesidad de amor y seguridad emocional como el factor más importante en su vida.

En nuestro país, la legislación en materia familiar, es imprecisa y vaga respecto a la regulación de algún tipo o sistema para el ejercicio de la guarda o custodia de los hijos y prácticamente omite en cuanto al derecho de visita, pues aunque prácticamente adopta éste último sistema, es decir, el menor cuya edad rebase los 7 años de edad, puede decidir a uno u otro progenitor, en la sentencia decretada por motivo del divorcio o nulidad de matrimonio únicamente se establece que la custodia queda para uno u otro de ambos progenitores, atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

En nuestra opinión, si se elaborarán cuidadosamente los acuerdos de Custodia, contemplando ampliamente el derecho de visita, en otras modalidades, señalar días para salidas con el ascendiente que no tiene la guarda legal e incluso para convivir, para pasar breves temporadas en que se disfrutan vacaciones; así como la responsabilidad de cada uno de los padres en futuras decisiones que afecten a los hijos, podrían evitarse no solo problemas entre ellos, sino la confusión y sentimientos de culpabilidad que pueden ser graves para la formación de los hijos.

Por tal motivo, sería conveniente regular expresamente en la Ley el derecho de visita, a efecto que los padres se sometan incondicionalmente a él, estableciendo mediante Acuerdos o Convenios en que fijen su régimen, tanto como les sea posible, resultando prudente decidir además, la forma o formas de tomar nuevos acuerdos o establecer ulteriores modificaciones a medida que los hijos crecen y las circunstancias de familia cambian.

Con relación al lugar en que ellas se llevarán a cabo es conveniente por razones de edad u otras atendibles prioritar el domicilio de aquel que tiene la custodia, a fin de facilitar la relación con el menor, lo que incluso puede constituir factor de posible reconciliación conyugal y rehacerse la vida hogareña completa, o bien originar situaciones que sería preferible evitar.

A nuestro parecer tampoco resulta conveniente fijar, para tales efectos un establecimiento público, ya que dichos lugares pueden quitarles la necesaria intimidad que les permita convivir plenamente.

Por último, diremos que "el régimen de visitas se caracteriza por ser esencialmente variable de acuerdo a las circunstancias del menor o de quien tiene derecho a visitarlo".⁹³

LIMITES AL DERECHO DE VISITA.

De lo expuesto y como regla general, cuando la custodia del menor es ejercida por uno de los titulares de la patria potestad, el otro en tanto mantiene los demás atributos de la misma, tiene derecho a que se establezca un régimen de visitas

Al efecto, cabe preguntarse si este derecho es absoluto o si por el contrario existen supuestos en que ellas puedan ser negadas.

Creemos, siguiendo al Profesor Leclercq (Op.cit.pág.186) que el derecho de visita tiene como limite la posibilidad de que mediante el mismo se puedan ocasionar perjuicios al menor, es decir, que estos limites no pueden ser configurados más que con la idea del daño o perjuicio que recaiga en el sujeto pasivo, toda vez que es su interés el que debe prevalecer. Por ejemplo, cuando un niño es muy nervioso y puede enfermarse debido a la presencia de su padre, consideramos que los privilegios de vista deben ser negados o también, cuando las frecuentes visitas de un padre amargado que utiliza al hijo como medio para molestar a su excompañera(o) ocasionando un detrimento en la salud psicológica del niño.

Al respecto y aún cuando nuestro Sistema de Derecho es omiso en tal sentido, es pertinente traer a colación el artículo 188 del Estatuto del Menor de España, invocado por el Profesor Gerardo Miguel López Hernández (Op cit.pág.193), a fin de implementar en nuestro régimen de Derecho y de manera análoga una hipótesis normativa como ésta a efecto de adecuar la norma a la realidad práctica del país, y la cual textualmente señala:

"ARTICULO 188.- Se suspenderá, la comunicación del menor con su padre, madre u otros familiares y se dejará sin efecto el régimen de visitas establecido, cuando el trato del menor con estos sea perjudicial para su formación."

⁹³López Hernández, Op.Cit.pág.191.

Esto porque creemos que el daño que se ocasiona al menor, a través del ejercicio abusivo de este derecho por parte de los titulares del mismo, presenta diversas formas de las cuales se desprende su contenido, "las actitudes que se tomen en el trato con el menor y las finalidades que se persiguen con la utilización de esta facultad. El contenido de este daño que puede tener un carácter leve, a veces alcanza notas de suma gravedad".⁹⁴

Una de las situaciones más destacadas y que debe tomarse en cuenta en la apreciación del daño que se le causa al menor, es la del titular que utiliza el derecho de visita para atraer o acaparar el afecto del niño para sí, tratando de influir en él, para separarlo afectiva o moralmente del otro titular o progenitor, sobre todo, cuando esto va unido o ligado a promesas, regalos, etc., mientras que el progenitor que detenta la custodia le exige, le reprende, le regaña, etc.

Otro supuesto en que se habla de ejercicio abusivo del derecho que genera un indudable perjuicio al menor, existe cuando el titular que no la detenta se inmiscuye en la orientación educativa, contradiciéndola o influenciando negativamente; puede cobrar una mayor gravedad, en este orden educativo cuando el comportamiento del titular de la visita es incompatible por razones morales, como alcoholismo, drogadicción, prostitución, etc., más si el menor tiene que presenciar o de algún modo captar estas situaciones irregulares

Por tal motivo, conflictos más graves aún, tanto por el hecho en sí como por las consecuencias que entraña para el menor, son los originados por el titular de las visitas, en el cual la indisposición frente al titular guardador es de tal carácter, que con sus palabras gestos o actitudes de rienda suelta a su odio o venganza contra aquellos ante el menor, logrando destruir la imagen positiva que este tiene de su otro progenitor, o deteriorándola extremadamente.

Lo anterior, además de exceder el abuso del derecho puede caer en lo antijurídico, configurando perjuicios que para el sujeto en formación son muy difíciles de erradicar y a veces de imposible solución, sobre todo cuando el padre o la madre han logrado con su negativa intervención obstaculizar su desarrollo formativo.⁹⁵

Por lo expuesto, queda plenamente confirmado el grave peligro que entraña el abuso en el ejercicio de este derecho, el que por falta de asesoramiento y control, y sobre todo por ausencia de normas concretas que especifiquen los límites, causa graves perjuicios psíquicos, educativos y morales del menor.

⁹⁴Ibidem, pág. 194

⁹⁵Leclercq Jaques, Op. Cit, pág. 156.

NECESIDAD DE LA REGULACION DEL DERECHO DE VISITA EN EL DERECHO MEXICANO.

El Derecho de visita del progenitor o titular que no detenta la custodia se presentan tanto en el supuesto de padres extramatrimoniales que no vivan juntos, como en los casos de divorcio voluntario o necesario, nulidad de matrimonio o separación de hecho.

Es también reconocido cuando la guarda es ejercida por los abuelos, lo que tiene su fundamento en la necesidad de proteger los efectos que derivan de esas relaciones. Así y como se apuntaba en el tercer capítulo del presente, concretamente custodia, en ocasiones se presentan casos en la vida diaria, situaciones de hecho en las cuales los hijos pueden estar mejor con sus abuelos que con sus propios padres por tener más comodidades materiales y una estabilidad emocional que les permita ser personas de provecho para la sociedad en un futuro. Sería injusto tanto para los menores como para los abuelos, que posteriormente se les quitara la custodia del menor, porque cuando ella se les otorgó los dos progenitores eran culpables: y las más de la veces no han estado en contacto con los hijos o no cuentan con los recursos suficientes para darles el bienestar al que ya se habían acostumbrado.

Al respecto, conforme a nuestra legislación vigente es permisible que en caso de que ninguno de los progenitores se encuentre en condiciones de proporcionar a los hijos un ambiente adecuado para su desenvolvimiento, sean los ascendientes quienes acudan a su ejercicio.

Por tal motivo, también es pertinente que en estas circunstancias sea permitido el derecho de visita para aquel o aquellos ascendientes que no la detentan, siempre y cuando exista el menor riesgo psicológico y moral para el menor.

Sin embargo, como anteriormente se apuntaba el Código Civil para el Distrito Federal no lo contempla, por lo cual resulta conveniente resaltar la necesidad de consagrarlo legislativamente, más aún cuando dicho ordenamiento, es de aplicación supletoria en el territorio Nacional entratrándose de materia federal, esto es, que quede plasmado en una norma jurídica y que adquiera el carácter, coercitivo y bilateral propio de éstas

A este particular, cabe hacer mención que en la República Mexicana solo uno de los Códigos Civiles clara y expresamente regula este derecho.

Así, nuevamente es el Código Civil para el Estado de Puebla, publicado en el Periódico Oficial del Estado el día 30 de abril de 1985, el que prescribe en su artículo 637 textualmente lo siguiente:

"ARTICULO 637.- En los casos de los artículos 569, 570 y 635, y cuando la patria potestad corresponde solo al padre o a la madre o solo a uno de los abuelos convendrán aquellos o estos, el tiempo, modo y lugar en que podrá visitar a los menores y si no llegaren a un acuerdo resolverá el Juez estas situaciones".

Asimismo, encontramos que la consagración del Derecho de visita que entraña la custodia del menor por solo uno de los padres y el mantenimiento de la relación personal entre padres e hijos tienen numerosos antecedentes en las legislaciones de otros países.

Tal es el caso del Código de Familia de Costa Rica y del Código de Familia de Cuba,⁹⁶ que en sus artículos 139 y 90 respectivamente, prevén:

"ARTICULO 139.- En caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial, el Tribunal tomando en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores, dispondrá en la sentencia, todo lo relativo a la patria potestad, guarda, crianza y educación de ellos, administración de bienes y adoptará las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres hijos y los abuelos de estos..."

"ARTICULO 90.- En el caso del artículo anterior, el Tribunal dispondrá lo conveniente para que aquel de los padres al que no se le confiere la guarda y cuidado de los hijos menores conserve la comunicación escrita y de palabra con ellos, regulándola con la periodicidad que el caso requiera y siempre en beneficio de los intereses de los menores. El incumplimiento de los que se disponga a este respecto podrá ser causa para que se modifique lo resuelto en cuanto a la guarda y cuidado sin perjuicio de la responsabilidad de orden personal que se origine por tal conducta.

Excepcionalmente, cuando las circunstancias lo requieran, podrá optarse por disposiciones especiales que limiten la comunicación de uno o de ambos padres con el hijo e incluso de la prohibición por cierto tiempo o indefinidamente "

Por tanto, se colige que urge una reforma a fondo al Código Civil para el Distrito Federal, que confluya en la inclusión de este derecho de visita al menor, para aquel o aquellos ascendientes que no detentan la custodia, que se regule no solo como una serie

⁹⁶Invocados por Cúmpora Héctor, Op Cit, pag 110

de medidas preventivas a nivel Acuerdo o Convenio, sino como una facultad más, siempre y cuando dicha facultad no sea de grave perjuicio para el menor, pues no hay que olvidar que el porvenir y bienestar de los hijos depende casi absolutamente de los padres.

Actualmente la realidad práctica ha demostrado que es la madre quien detenta la custodia de los menores, normalmente es ella quien regula su vida en la infancia al ser la persona naturalmente más apta para atender y cuidar a un menor en todas sus necesidades, no obstante, el niño necesita de un padre, quien además del carácter con que la estructuración social lo inviste, representa el trabajo, la sabiduría y la protección que debe cubrir a toda la familia, porque resulta innegable que la proximidad del padre es insustituible en la formación y educación de los hijos.

Todo lo anterior, claramente nos muestra que el derecho a la comunicación y a la visita atribuido, en primer lugar a los padres, aunque se hallen desposeídos de la guarda y custodia de sus hijos; y en segundo lugar a otros parientes o allegados, pues no hay que olvidar que el interés o beneficio del menor esta por encima de cualquier otra consideración, en todo lo relativo a su protección y cuidado, y si consecuentemente en este derecho, el menor es el principal protagonista, tal derecho y por consiguiente dicho interés debe quedar protegido por el ordenamiento jurídico

EL DERECHO DE VISITA EN LOS CASOS DE PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

Resulta de gran interés dilucidar si también es probable o factible otorgar a los ascendientes o progenitores el derecho de visitar a los menores en los casos en que se pierde la patria potestad.

Aunque hay quienes dan una opinión negativa, o bien conciben que esta facultad es permisible, particularmente y en principio la Doctrina Española considera que siempre asiste a los ascendientes el derecho de ver a sus descendientes, salvo que se tratara de causales que impliquen tal gravedad que permitiría pueda afectar la seguridad física o moral de los mismos o solo sirvieran para perturbarlos, como el caso de quien los abandona por largos años desinteresándose por completo de ellos y luego pretende visitarlos.

Sin embargo, en un punto de vista muy personal, las causas de pérdida de patria potestad que contempla el Código Civil vigente en su artículo 444 son textualmente específicas y concretas, por lo cual basta que se ponga en peligro la seguridad e integridad del menor para que esta se decrete. Por consiguiente, consideramos no debe permitirse el ejercicio de tal facultad, si se tipificaron o existieron alguna o algunas

causales que dieron lugar a la pérdida de la patria potestad, pues resultaría ilógico y perjudicial que si uno de los progenitores perdió tal derecho por malos tratos o por abandono por más de 6 meses del menor, pretenda tener trato o comunicación con el mismo, esto es, pretenda visitarlo.

SANCION POR INCUMPLIMIENTO AL DERECHO DE VISITA.

Por otra parte encontramos que la sanción que entraña el incumplimiento al régimen de visitas aprobado o fijado judicialmente, por parte de quien tiene consigo el menor, es incurrir en desobediencia.

Expresamente nuestra legislación civil no contempla sanción alguna por dicho incumplimiento.

No obstante es el Código Penal para el Distrito Federal, el que prevé en el capítulo I Título Sexto, bajo el rubro "Desobediencia y resistencia de particulares", lo siguiente:

"ARTICULO 178.- Al que sin causa legítima rehusare prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince días a un año de prisión y multa de diez a cien pesos".

De lo anterior, podemos advertir aplicando supletoriamente el Código Penal, y sin perjuicio de que el Juez de la causa pueda tomar las medidas que estime convenientes a efecto de exigir su cumplimiento, que la sanción correspondiente en tratándose de desobediencia a un mandato judicial como lo sería en el particular el incumplimiento al régimen de visitas, es una medida preventiva, consistente en sanción pecuniaria que va de diez a cien pesos y prisión hasta por un año; sin embargo, cabe hacer notar que si bien la sanción económica en la actualidad resultaría irrisoria, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 del citado Código Penal deberá estarse al equivalente al salario mínimo vigente en el lugar donde se consumó el delito.

En el Derecho Francés nos dice Planiol (Op.cit.pág.263), se creó el llamado "delito de no presentación del hijo que comprende también la inobservancia de las decisiones sobre el derecho de visita de los padres haciendo hincapié en que la oposición o resistencia de los menores hacia la persona que los reclama no puede constituir excusa, ni un hecho justificativo salvo casos excepcionales".

Asimismo, dicho autor continúa, que "si alguna persona roba el hijo o lo detiene contra la voluntad del padre, este tiene derecho a reclamarlo judicialmente mediante acción que es semejante a una reivindicación y podrá ejercitarse contra cualquier persona en cuyo poder se encuentre al hijo".

En este orden la legislación penal francesa señala que la conducta del tercero puede integrar un delito de sustracción de menores.

Así el Código Penal de dicha Nación sanciona severamente a quien sustrae a un menor de 7 años y a quien, hallándose encargado de la persona de un menor, lo presentare a sus padres o guardadores ni diere explicación satisfactoria acerca de su desaparición, así también al que indujere a un menor de edad, pero mayor de 7 años a que abandonare la casa de sus padres, titulares o encargados de su persona.⁹⁷

Por otra parte, en materia civil española, se admite que la persona que se lleva consigo a un menor podrá ser obligada no solo a devolverlo sino a indemnizar a los padres. En la doctrina alemana se habla de la indemnización frente al tercero que inquiete el ejercicio de la patria potestad por violación culposa de este derecho.⁹⁸

En tal sentido, y en nuestro régimen de derecho, nuevamente es el Código Penal el que regula en sus artículos 366 fracc. VI y 366-bis, tales circunstancias:

"ARTICULO 366.- Se impondrá pena de seis a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos días de multa, cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes..

VI. Si el robo de infante se comete en menor de doce años por quien sea extraño a su familia, y no ejerza la tutela sobre el menor.

Cuando el delito lo comete un familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, la pena será de seis meses a cinco años de prisión.

Si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio, solo se aplicará sanción correspondiente a la privación ilegal de la libertad de acuerdo con el artículo 364.

En caso de que el secuestrado sea privado de la vida, por su o sus secuestradores, la pena será hasta de cincuenta años de prisión".

⁹⁷Planiol, OP.Cit.pág.264-sigs.

⁹⁸Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Op Cit.pág.102-103.

"ARTICULO 366-BIS.- Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque esta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le aplicará pena de prisión de dos a nueve años y de doscientos a quinientos días de multa.

La misma pena a que se refiere el párrafo anterior se aplicará a los que otorguen el consentimiento a que alude este numeral y al tercero que reciba al menor.

Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entregue será de uno a tres años de prisión.

Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, la pena se reducirá hasta la cuarta parte de la prevista en el párrafo anterior.

Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo inicial, la pena se aumentará hasta el doble de la prevista en aquel.

Además de las sanciones señaladas, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia, en su caso, a quienes teniendo el ejercicio de estos, cometan el delito a que se refiere el presente artículo".

De la transcripción realizada, podemos claramente advertir que el robo de infante o bien la privación de la libertad con carácter de plagio o secuestro con o sin consentimiento del que ejerza la patria potestad, da lugar además de las sanciones penales que los propios numerales contemplan, a la pérdida o privación de la custodia e incluso a la pérdida de los demás derechos inherentes a la patria potestad.

Por consecuencia, diremos que quien sustrayendo o reteniendo ilícitamente a un menor, impide al padre de este que tiene derecho al ejercicio de la función de guarda, y en específico también al derecho de visita, puede sufrir consecuencias tanto del orden civil como del orden penal.

CONCLUSIONES

1.- Antiguamente la institución de la patria potestad era infrahumana para los menores, puesto que los derechos y obligaciones inherentes a ella eran ejercidos con un rigor excesivo, conocido como poder absoluto del paterfamilias que le daba derecho incluso a decidir sobre la vida y la muerte de los sujetos a ella; ocasionando que no respondiera en todos sus términos a los fines de la familia ni del Estado.

2.- Es debido al transcurso del tiempo y a la influencia de las nuevas y diversas concepciones sociales y culturales, que el ejercicio de tal "derecho" se fue limitando y humanizando, hasta alcanzar también el carácter de deber, cuya función tuitiva es característica de aquella; esto es, porque la legislación actual en la mayoría de las Naciones del mundo ha suscitado que se le conozca más como un conjunto de derechos-deberes de los padres para con los hijos, con la finalidad primordial de velar por la protección, bienestar y desarrollo íntegro del menor.

3.- La participación de los padres y, por consiguiente de la familia, es un factor determinante en la formación material y espiritual de la niñez y de la juventud, pues de ellos se reciben principios, valores, seguridad, apoyo y afecto que irán formando al individuo y preparándolo para desenvolverse en la sociedad.

4.- Nuestro Derecho Positivo vigente, sigue la tendencia moderna al considerar preferentes los derechos del hijo sobre los derechos del progenitor, pero deja, al arbitrio de los titulares que la ejercen, el cumplimiento de los deberes que le impone su desempeño.

5.- La patria potestad, constituye pues una función natural de máxima importancia tanto para los padres como para los hijos. En su ejercicio se reflejan forzosamente los cambios sociales, para lo cual su régimen legal debe estar acorde en cada tiempo y en cada Nación con la mentalidad y la realidad existentes.

6.- Por lo tanto, la reglamentación de la patria potestad debe ser unificada tanto en el orden local como en el orden federal, no solo en el aspecto de protección del patrimonio, sino también en los demás derechos y deberes que ésta entraña, para que revista los caracteres de eficacia, solidez y seguridad que requieren los hijos.

7.- El niño es el principal protagonista de los conflictos de custodia, al ser el más afectado en éstas decisiones y, si es su interés y beneficio en todo lo referente a su cuidado y protección, el que está por encima de cualquier otra cosa, deben considerarse

sus sentimientos, permitiéndole siempre y cuando esté en aptitud de hacerlo que elija al progenitor con el que emotivamente tenga más apego, porque es de justicia considerar al menor en la elección del custodio.

8.- La circunstancia de que alguno de los progenitores incurra en un error matrimonial y no sea un buen esposo (a), no quiere decir que no sea un buen padre (madre), más aún si con sus actos demuestra que sobre todas las cosas se interesa por preservar el estado psíquico y emocional de los hijos, con el único fin de proteger su integridad moral y corporal, su educación, instrucción y carácter.

9.- En cuanto al caso particular, propuesto en el presente trabajo, concretamente el derecho de visita al menor derivado de la custodia, por su omisión y falta de regulación impide determinar la forma en que deben y pueden los padres que no la detentan cumplir con los derechos y deberes inherentes a la patria potestad.

10.- En la realidad practica, el derecho de visita para los ascendientes que no detentan la custodia de los menores se fija a través de Acuerdos o convenios entre las partes, y son ratificados por el Juez del conocimiento, al respecto consideramos que deben contemplarse en estos todas las modalidades de tiempo, modo y lugar en que el menor podrá convivir e incluso salir con el que no lo posee, así como la responsabilidad en caso de incumplimiento, estableciendo además la forma o formas de tomar nuevos acuerdos o establecer modificaciones posteriores a medida que las circunstancias de familia cambian y los menores crecen

11.- Por consiguiente, el derecho de visita derivado de la custodia, requiere de una especial y minuciosa atención, así como de una adecuada legislación, para que no se susciten las constantes dudas y conflictos que por escasa reglamentación en la materia existen, pues es innegable que el derecho de los padres para ver y tratar a sus hijos es un derecho natural que no puede ser objeto de Acuerdo o Convenio.

12.- En nuestro país, la legislación que contiene medidas de protección a la infancia aún se encuentra dispersa e imprecisa, en primer termino, por que no existe un capitulo o titulo especial en ordenamiento legal alguno, relativo expresamente a los menores, ya que si bien el Código Civil vigente en el capitulo de patria potestad contempla derechos-deberes, no concreta por ejemplo, lo que entendemos por educación conveniente, ni tampoco la conducta que sirva a éstos de buen ejemplo; además que la guarda o custodia queda sujeta a las modalidades que le impriman las resoluciones basadas en la Ley Sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en México, misma que no se encuentra en vigor, por lo cual a nuestro parecer se advierte que éste Código se ocupa más de regular el aspecto patrimonial que el personal. Por otra parte, porque es el

Código Penal el que establece las sanciones o penas para el caso de incumplimiento; resulta pues urgente proponer se incluya una norma que contemple todas las circunstancias generales del caso, y de ser posible como garantía social, cuyo fin sea la protección y asistencia a la niñez.

13- Asimismo, me permito sugerir que se modifiquen via Decreto los artículos del Código Civil en vigor, referentes a la patria potestad y en específico los numerales 413, 422 y 423, de tal forma que se excluyan las cuestiones subjetivas que en ellos se contemplan, para que el menor y su bienestar quede legalmente bien protegido y amparado a fin de robustecer la integración de la familia, y sobre todo con el objeto de adecuarlos a la realidad que prevalece actualmente en el país; además que se incluya en una de sus hipótesis el derecho de visita, sus límites y la sanción para el caso de incumplimiento, a efecto que adquiera el carácter coercitivo propio de las normas jurídicas.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ, José María. Instituciones de Derecho Real de Castilla y las Indias. Tomo 1. Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie A. fuentes b) Textos y Estudios Legislativos U.N.A.M. No. 30. México 1982.
- ARIAS, Ramos Juan. Derecho Romano. 6a. Edición. Revista de Derecho Privado II y III. Madrid.
- ARIAS, Serrano Blanca E. La Patria Potestad en relación a algunas causales de Divorcio. Revista D.I.F. México 1985.
- BRAVO, González Agustín. BRAVO, Valdés Beatriz. Derecho Romano. 14a. Edición. Pax. México 1989.
- BAQUEIRO, Rojas Edgar BUENROSTRO, Baez Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Facultad de Derecho U.N.A.M. Harla. México 1990.
- BONFANTE, Pietro. Instituciones de Derecho Romano. Traducción de la 8a. Edición Italiana. Revistas y Publicaciones Cristóforo Colombo S.A. Madrid.
- BIALOSTOWSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. 2a. Edición. Imprenta Universitaria. Facultad de Derecho U.N.A.M. México 1985.
- CARPINTEL, De Wendy Lilian Nora Patria Potestad. Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo XXI. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1966.
- CAMPORA, Héctor. La Patria Potestad. Revista Mexicana de Justicia 86.No.4 Vol IV. Octubre-Diciembre 1986. Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Procuraduría General de la República, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- CASAS, Fray Bartolomé de las Los Indios de México y Nueva España. Antología. Porrúa S.A. México 1966.
- CASTAN, Vázquez José María La Patria Potestad de la Madre en la Historia. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M.
- CASTAN, Vázquez José María La Patria Potestad. Revista de Derecho Privado. Madrid 1960.

- CICU, Antonio. El Derecho de Familia. Edior Editores. Buenos Aires 1947.
- CLAVIJERO, Francisco Javier. Historia Antigua de México. Porrúa, S.A. México 1964.
- CRUZ, Ponce Lisandro. Patria Potestad y Guarda Conjunta y Compartida. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G. Estudios Doctrinales. No.126 U.N.A.M. México 1990.
- ESQUIVEL, Obregón Toribio. Apuntes para la Historia del y Ediciones. México 1943.
- FLORIS, Margadant S. Guillermo. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Textos Universitarios, Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. 1971.
- FLORES GOMEZ, González Fernando. Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil. 2a. Edición. Porrúa S.A. México 1978.
- GONZALEZ, Maria del Refugio. SOBERANES, Fernández José Luis. La Tradición Jurídica de Occidente. Antología. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. México 1978.
- GALINDO, Garfias Ignacio. Derecho Civil Primer Curso Personas y Familia. 7a. Edición. Porrúa S.A. México 1987
- GONZALEZ, Juan Antonio. Elementos del Derecho Civil. 6a. Edición. Trillas. México 1975.
- HUGO D', Antonio Daniel. Derecho de menores. 3a. Edición. Astrea. Buenos Aires 1986.
- IBARROLA, Antonio de. Derecho de Familia. Porrúa S.A. México 1978
- INFORME DEL SECRETARIO GENERAL. Derechos y Deberes de los padres incluida la guarda de los hijos. Naciones Unidas. Nueva York 1969.
- JOSSERAND, Luis. Derecho Civil Tomo I, Vol.II. Ediciones Jurídicas Europeas-Americanas. Buenos Aires 1957.
- LECLERQ, Jacques. La Familia. Sección de Ciencias Sociales. Barcelona 1961.

- LOPEZ, Agustín Alfredo. La Constitución Real de México Tenochtitlán. Seminario de Cultura Náhuatl. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. México 1961.
- LOPEZ, Hernández Gerardo Miguel. La Defensa del Menor. Tecnos S.A. Madrid 1987.
- MANTEROLA, Martínez Alejandro. Derechos de la Niñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie G. Estudios Doctrinales No. 126 U.N.A.M. México 1990.
- MONTERO, Duhalt Sara. Derecho de Familia. Porrúa S.A.. México 1984.
- OBREGON, Heredia Jorge. Diccionario de Derecho Positivo Mexicano. México, D.F. Junio 1982.
- PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Ediciones Selectas. México 1982.
- PENICHE, López Edgardo. Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil. 10a. Edición. Porrúa S.A.. México 1975.
- PINA, Rafael de. Elementos del Derecho Civil Mexicano. Vol. I. 9a. Edición. Porrúa, S.A.. México 1978.
- PLANIOL, Marcel. RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil. Porrúa S.A.. México 1979.
- ROGELIO, Alvarez José. Enciclopedia de México, Tomo IV Familia. 3a. Edición. México 1978.
- ROJINA, Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo I Vol. II. Porrúa, S.A.. México 1984.
- RIVA, Palacio Vicente. Resumen Integral de México a través de los siglos. 1a. Epoca, 12a. Edición. Compañía General de Ediciones S.A. México 1989.
- SANCHEZ, Cordero Jorge A. Introducción al Derecho Mexicano. Tomo I. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M.
- SANCHEZ, Medal Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México. Porrúa, S.A.. México 1979.

LEGISLACION.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

Código Civil para el Estado de Quintana Roo.

Código Civil para el Estado de Puebla.

Código Civil para el Estado de Guanajuato.

Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores. Diario Oficial de la Federación 24 de diciembre de 1991.

Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores. Diario Oficial de la Federación 2 de agosto de 1974. Código Civil para el Estado de Sinaloa, Yucatán y Tlaxcala.