

300609 AS  
EJ2



**UNIVERSIDAD LA SALLE**

**ESCUELA DE DERECHO  
INCORPORADA A LA U. N. A. M.**

**"EL PROBLEMA DE LA CUSTODIA  
DE LOS HIJOS EN MEXICO"**

**TESIS PROFESIONAL**

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
CLAUDIA MARTINEZ LOPEZ**

**DIRECTOR DE TESIS:  
Licenciado Alfonso Vela Moreno**

**México, D. F.**

**1993**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



## **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 .....	IV
--------------------	----

## CAPITULO PRIMERO

## LA FILIACION

1.1 CONCEPTO JURICO .....	1
1.2 RECONOCIMIENTO .....	5
1.3 LEGITIMACION .....	10
1.4 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES .....	12
1.5 CONCUBINATO .....	14
1.6 RELACIONES JURIDICAS PATERNO-FILIALES .....	14
1.7 FILIACION DE HIJOS NACIDOS DE MATRIMONIO .....	15
1.7.1 Prueba de filiación de hijos nacidos de matrimonio .....	18
1.7.2 Efectos .....	20
1.8 FILIACION DE HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO ..	22
1.8.1 Situaciones en las que pueden encontrarse los hijos nacidos fuera de matrimonio .....	23
1.8.2 Deber de los progenitores .....	23
1.9. ADOPCION .....	26
1.9.1 Naturaleza Jurídica .....	29

## CAPITULO SEGUNDO

## LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD

2.1 CONCEPTO .....	31
2.2 CARACTERISTICAS .....	37
2.3 SUJETOS .....	38
2.4 EFECTOS .....	40

## II

2.4.1 Los relativos a los menores sujetos a la Patria Potestad . . . . .	41
2.4.2 Los relativos a los ascendientes que ejercen al Patria Potestad . . . . .	44
2.4.3 Relativos a los bienes de los hijos . . . . .	49
2.5 RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES FRENTE A TERCEROS POR ACTOS DE LOS HIJOS . . . . .	54
2.6. MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD . . . . .	55
2.7. FUNDAMENTO SOCIAL . . . . .	62

### CAPITULO TERCERO

#### EL DIVORCIO

3.1 CONCEPTO . . . . .	67
3.2 CLASES DE DIVORCIO . . . . .	68
3.2.1 Divorcio Voluntario . . . . .	68
3.2.2 Divorcio Necesario . . . . .	72
3.3 CAUSALES DE DIVORCIO . . . . .	74
3.3.1 Causales de divorcio que prevé el Código Civil Vigente . . . . .	76
3.4 EFECTOS DEL DIVORCIO . . . . .	90
3.4.1 Efectos del Divorcio Voluntario . . . . .	90
3.4.2 Efectos del Divorcio Necesario . . . . .	93

### CAPITULO CUARTO

#### LA CUSTODIA

4.1 ANTECEDENTES DE LA CUSTODIA . . . . .	98
4.2 CONCEPTO DE LA CUSTODIA . . . . .	104
4.3 LA CUSTODIA Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD . . . . .	108

4.4 NATURALEZA DE LA CUSTODIA .....	111
4.5 CARACTERISTICAS DE LA CUSTODIA .....	115
4.6 NACIMIENTO Y SUJETOS DE LA CUSTODIA .....	118
4.6.1 Nacimiento .....	118
4.6.1.1 Hijos habidos de matrimonio .....	119
4.6.1.2 Hijos habidos fuera de matrimonio .....	121
4.6.2 Intervención Judicial .....	124
4.6.3 sujetos de la custodia .....	125
4.7 ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA CUSTODIA .....	127
4.8 DEBERES, DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS; EMERGENTES DE LA CUSTODIA .....	128
4.9 SUSPENSION Y TERMINACION DE LA CUSTODIA .....	136
4.10 EXTINCION DE LA CUSTODIA .....	138
4.11 PROPUESTA .....	139
CONCLUSIONES .....	VII
BIBLIOGRAFIA .....	X

## INTRODUCCION

El derecho debe estudiar continuamente figuras a las cuales no se les ha dado la importancia que requieren.

La custodia de los hijos es una figura que no ha sido estudiada con profundidad ni tratada con la importancia necesaria por nuestro Código Civil. Dadas las circunstancias en que vive nuestra sociedad actualmente, el análisis del problema de la custodia de los hijos en caso de separación de sus padres debe ser tomado con mayor interés.

La familia es la base de toda sociedad, sin embargo puede irse desintegrando por diversos factores; uno de dichos factores es la separación y divorcio de los padres que conlleva el problema de la custodia sin conocer realmente su alcance, ni la responsabilidad que implica el tenerla o el perderla. La custodia va más allá de tener a un lado a los hijos, se les debe procurar el menor daño posible estando con el padre más apto.

La presente tesis tiene como finalidad el estudio de la custodia de los hijos una vez que se han separado los padres y ambos conservan la patria potestad.

Como vemos, la custodia tiene suma importancia por lo que en el desarrollo del presente estudio trataremos temas que nos lleven a su análisis y comprensión para concientizarnos sobre el alcance de ésta, así, daremos inicio tratando el tema de la filiación dentro de la cual estudiaremos su concepto jurídico, abarcaremos el estudio del reconocimiento de los hijos, la

legitimación, los principios fundamentales de la filiación así como la figura del concubinato.

También trataremos el tema de las relaciones jurídicas paterno-filiales, la filiación de los hijos nacidos de matrimonio, la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, considerando las situaciones en que éstos pueden encontrarse así como el deber que tienen los padres respecto a sus hijos.

Analizaremos el tema de la adopción, incluyendo su naturaleza jurídica, para posteriormente continuar con uno de los temas de mayor importancia en este estudio como lo es la institución de la Patria Potestad, su concepto, las características de ésta, para tener un mejor conocimiento sobre la misma.

Se hablará también sobre los sujetos en esta relación así como los efectos que ésta conlleva relativos a los ascendientes que ejercen la patria potestad, a los menores sujetos a patria potestad y a los bienes de éstos.

Se procurará en el presente trabajo determinar la responsabilidad de los padres frente a terceros, por los actos de los hijos; se señalarán los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad concluyendo con el fundamento social de la patria potestad.

Asimismo, analizaremos el tema de el divorcio, conociendo su concepto, clases de divorcio incluyendo dentro de éstas el divorcio voluntario y el divorcio necesario, además de que estudiaremos las causales

de divorcio previstas en nuestro Código Civil vigente para continuar con sus efectos tanto del divorcio voluntario como del necesario.

Contemplaremos muy especialmente el problema de la custodia en México, al separarse los padres, dentro de la cual analizaremos sus antecedentes, su concepto, así como su relación con el ejercicio de la patria potestad, hablaremos sobre su naturaleza y sus características para su mejor comprensión.

Hablaremos sobre el nacimiento y los sujetos de la custodia así como de la intervención judicial en ella, trataremos de dar a conocer los elementos que la integran, los deberes, derechos y obligaciones de los sujetos emergentes de la custodia, así concluiremos nuestro estudio hablando de la suspensión, terminación y extinción de la custodia.

## CAPITULO PRIMERO

### LA FILIACION

#### 1.1. CONCEPTO JURIDICO.

La filiación la podemos entender en dos sentidos; uno de ellos amplio, abarca el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes consanguíneos en línea recta sin limitación de grado, es la que comprende en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, etc; además filiación en un sentido restringido, es la que entendemos en la relación de Derecho que se da entre el progenitor y el hijo abarcando así los derechos y obligaciones que se crean entre estos y que constituyen un estado jurídico.

El diccionario jurídico mexicano conceptualiza a la filiación como :

"La relación que de hecho y por razón natural existe entre padre o la madre y su hijo, se conoce jurídicamente como filiación. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole. Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre sus progenitores y su hijo"(1).

Esta relación jurídica que constituye la filiación es precisamente la expresión jurídica del hecho natural de la procreación, lo cual incluso en algunos casos lleva a suponer que la filiación se relaciona con el parentesco consanguíneo y que sea la principal fuente de la familia.

---

1.- Diccionario Jurídico Mexicano. "Filiación" Galindo Garffas.UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. Pág. 1447.

Sin embargo, ésta relación jurídica no necesariamente surge entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado, ya que para ello es indispensable que una a ambos progenitores en matrimonio, es decir, que la institución deriva por diferentes causas:

- La primera es, precisamente, la de filiación matrimonial;
- Pero también puede haber filiación cuando los que reconocen al hijo no están unidos en matrimonio;
- Y una tercera causa, es la filiación civil, a través de la adopción.

a) La filiación matrimonial:

Es el vínculo jurídico que se origina cuando el hijo es concebido dentro del matrimonio de sus padres, y no sólo el hecho de que nazca dentro de él, ya que puede ser concebido antes y entonces el hijo podrá ser legitimado o desconocido por el marido. Por esto, un hijo que puede ser considerado matrimonial aún nacido estando disuelto el matrimonio de los padres, por muerte del padre, por nulidad o por divorcio; la legitimación es en virtud del momento de la concepción y no del nacimiento.

Los hijos nacidos dentro del matrimonio se darán, según nuestra legislación en tres casos :

- 1.- Los concebidos y nacidos dentro del matrimonio de los padres, aún en matrimonios afectados de nulidad, pues si se da ésta no afecta a los hijos;

2.- Los que nazcan después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio (art. 324 Fracción I del Código Civil, para el D.F. en materia común y para toda la República en materia federal), se da una presunción legal por el tiempo mínimo requerido para que se dé la gestación.

3.- Los que nazcan dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio (art. 324 Fracción II del Código Civil), se presume que la concepción se dió dentro del matrimonio.

La filiación matrimonial se perfecciona cuando el hijo nace dentro de los planes contemplados por la ley, es decir, debe considerarse que el matrimonio da certeza de la filiación tanto del hijo como del padre, precisamente porque existe fidelidad y con ello la ley otorga crédito a la mujer casada respecto de la paternidad del hijo, sin embargo, admitiría prueba en contrario a través de la acción de desconocimiento o contradicción de la paternidad.

b) Filiación extramatrimonial :

Respecto a la filiación extramatrimonial, es la que se determina cuando en el momento de la concepción los progenitores no se encontraban unidos en matrimonio, y no operan las presunciones legales de tiempo entre la concepción y el nacimiento que establece el Código Civil en su artículo 324 y que determinan si el hijo fué concebido dentro o fuera del matrimonio.

La filiación extramatrimonial tiende a eludirse en virtud de que, al tratarse de hijos nacidos fuera del matrimonio, corren el riesgo de no contar con la protección paterna; es por ello que la ley reconoce la necesidad de organizar un sistema distinto para probar la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

La filiación queda establecida a través del reconocimiento voluntario que haga el padre con el hijo o bien cuando queda establecido judicialmente conforme a una sentencia que declare la paternidad y, en su caso, la maternidad. Cabe mencionar que la maternidad queda probada con el parto, esto de acuerdo con lo establecido en el artículo 60 del Código Civil donde se contempla la obligación que en el acta de nacimiento aparezca el nombre de la madre, sin duda, estaríamos ante un reconocimiento de carácter forzoso.

#### c) Filiación Civil:

Finalmente, la filiación civil que se configura a través de la adopción y que convierte al adoptante en padre y madre, y al adoptado en hijo. Este tema lo ampliaremos en otro apartado.

Es importante señalar que el Código Civil vigente, contempla las clases de filiación aludidas, sobre todo la clasificación de la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial, sin embargo, no marca ninguna diferencia en cuanto a los efectos que derivan de ambas, sino que las alude, exclusivamente para contemplar los medios de prueba que pueden darse para

que se establezca la filiación entre los progenitores y los hijos nacidos fuera de matrimonio: Filiación conocida también como filiación natural.

## 1.2. RECONOCIMIENTO.

El estudio del reconocimiento resulta relevante ya que su principal efecto es el crear una relación jurídica con los hijos que nacen fuera del matrimonio incluso, de concubinato ya que los hijos nacidos dentro del concubinato obtienen la filiación, aún cuando ésta se considera natural, como la obtendrían los hijos nacidos en matrimonio (artículo 383 del Código Civil); y respecto de los cuales no se ofrecían garantías para que alguien se responsabilizara de su desarrollo óptimo en todos los ámbitos como el social, intelectual y, por supuesto asegurar los medios necesarios para su subsistencia.

El reconocimiento es la manifestación de la voluntad del padre o la madre para considerar como hijo, al nacido fuera del matrimonio. Rafael Rojina Villegas lo define como:

“Un acto jurídico unilateral plurilateral solemne irrevocable, en virtud del cual se asumen por aquel que reconoce y en favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación”(2).

---

2.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo segundo. Sexta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1983. Pág. 727.

Es unilateral porque se le atribuye al padre o, en su caso, a la madre, la facultad de reconocer al hijo, de tal manera que se prescinde de cualquier otra voluntad; sin embargo, esto resulta solo el principio, ya que resulta ser plurilateral cuando no es posible ir en contra de la voluntad del hijo o de sus tutores para que pueda reconocerse o bien cuando ha concluido el término de 15 días que señala la ley para hacer el levantamiento del acta de nacimiento. Es solemne, ya que la ley exige que sea por escrito según lo contempla el artículo 360 del Código Civil; de lo contrario, se tiende a declarar inexistente, ésta solemnidad constituye una formalidad esencial, ya que el acto jurídico será inexistente, cuando no se observen las formalidades que contempla la ley, dicha formalidad puede ser convalidada ratificando expresamente o confirmando el acto.

No es revocable, ya que se está en presencia de una forma de confesión que, desde luego no está supeditada o sujeta a cualquier condición por quien otorgó el reconocimiento; por esto último se puede observar otra característica que constituye un acto incondicional, lo cual implica que sea puro y simple y que no quede sujeto a nada y a nadie, que pueda modificar sus efectos jurídicos. Pero es importante señalar que sí podría ser afectado de nulidad relativa cuando haya habido error o engaño.

Una última característica específica del reconocimiento es la de ser un acto personal, la paternidad será reconocida única y exclusivamente por el padre y la maternidad única y exclusivamente por la madre esto en razón a que no es posible que cualquier persona haga el reconocimiento a nombre de otra. Asimismo es un acto jurídico, que reviste ciertos requisitos de forma y fondo para que se perfeccione.

Uno de los principales requisitos de fondo, es la edad de quien pretenda reconocer al hijo, que debe tener mínimamente la edad que se requiere tener para contraer matrimonio, es decir, catorce años la mujer y dieciséis el hombre, edad que debe ser sumada a la del hijo que se va a reconocer; por otro lado, si el que reconoce es menor de edad, tendrá necesariamente que contar con el consentimiento de sus padres o representantes legales, o bien, mediante autorización judicial, esto no denota otra cosa que la de darle la importancia que merece a la responsabilidad que se adquiere.

Además de los supuestos anteriores, existen otros también contemplados en el Código Civil, derivados de los anteriormente estudiados; y que son: En el caso de que el menor de edad a reconocer por parte de un presunto padre debe obtener la autorización, cuando este caso se presente, de la madre o de quien se ocupe del menor.

En cuanto a los requisitos formales que reviste el reconocimiento, éstos se encuentran contemplados en el artículo 369 del Código Civil, los cuales, son requisitos que se traducen en actos solemnes, que ya señalamos con anterioridad para que se establezcan el mismo, así tenemos la numeración que nos da el precepto:

- En la partida de nacimiento, ante el juez del registro civil.
- En acta especial de reconocimiento, ante el mismo juez.

-También en escritura pública ante notario público a través de un testamento y finalmente;

-Ante la autoridad judicial en la que se otorge una confesión expresa y directa.

Cabe mencionar que para el caso de que el reconocimiento se establezca a través de testamento, sólo el titular de dicho acto de testar podrá realizarlo ya que es un acto personalísimo y unilateral. Para reforzar esta idea tenemos que cuando los progenitores reconocen al menor, no es posible que uno de ellos reconozca en nombre del otro; Así como lo establece el artículo 370 del Código Civil.

De lo que hemos mencionado se establecen los siguientes requisitos con relación a los hijos: En caso de los menores de edad a reconocer, su representante legal debe emitir su autorización para otorgar su reconocimiento. Cuando el que va a reconocer, es mayor de edad debe emitir su consentimiento; inclusive si el menor es reconocido y llega a la mayor edad, puede reclamar contra el reconocimiento según lo establece el artículo 376 del Código Civil.

Los efectos del reconocimiento son diversos, como primer efecto surge la filiación, que implica el ejercicio de la patria potestad; también trae consigo la sucesión legítima. Algunos autores consideran que implican un derecho y un deber recíproco de otorgar alimentos, así como el surgimiento de la tutela legítima, en realidad éstas consideraciones son efectos que encierran el propio ejercicio de la patria potestad.

Se puede emitir la voluntad de reconocer a cualquier persona que no sea necesariamente la madre del hijo; sin ser exclusivo de la adopción; claro que se tendrían consecuencias de una posible impugnación por parte de terceros perjudicados. Esta filiación no deja de ser diferente a la que deriva propiamente del matrimonio, ya que pueden operar acciones de nulidad del reconocimiento, o bien, acción de impugnación de la paternidad en el caso de la acción de la nulidad del reconocimiento, corre a cargo del progenitor únicamente cuando en el momento de reconocer, éste era menor de edad y tiene pruebas suficientes que demuestran que lo hizo con engaño o incurrió en algún error de acuerdo al artículo 363 del Código Civil.(3) Una de las características del reconocimiento es de ser irrevocable, sin embargo, las acciones señaladas establecen la excepción a la regla.

El reconocimiento otorga beneficios a todos los hijos que nacen fuera del matrimonio los cuales, estaban seguramente, exentos de las garantías necesarias para su desarrollo, reconociéndoseles únicamente un derecho a alimentos cuando hubiesen sido reconocidos voluntariamente.

El reconocimiento es un acto declarativo y atributivo del capítulo de filiación, en el cual se acredita fehacientemente la relación biológica de relación extramatrimonial existente entre los progenitores y sus descendientes.

---

3.- "Art. 363 Código Civil.- El reconocimiento hecho por un menor es anulable si prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar la acción hasta cuatro años después de la mayor edad".

Asimismo, dicho reconocimiento produce efectos retroactivos al momento en que se determina la existencia del hijo ya que:

“El reconocimiento no implica sino la exteriorización de un hecho que tenía existencia antes”.(4)

Por último, entendemos al reconocimiento como la adquisición de todos y cada uno de los derechos y obligaciones para quien tiene la calidad de hijo de matrimonio, consecuencia lógica y directa del acuerdo a través de un acto declarativo de voluntad y que constituye un estado civil: el de la filiación.

### **1.3. LEGITIMACION.**

La legitimación tuvo gran importancia histórica, basta con revisar libros de Derecho Romano en donde ésta figura jurídica era tratada como una Institución plenamente justificada, indispensable, que beneficiaba a los hijos naturales que pasaban a ser legítimos por la unión conyugal de sus progenitores.

El Derecho moderno aún conoce la legitimación como una forma excepcional de establecer la filiación, con efectos algo distintos debido al diferente alcance que se dá a la patria potestad; Sin embargo, ésta figura tiene gran importancia actualmente.

---

4.- Enciclopedia Jurídica Ormeba. "Reconocimiento de hijos extramatrimoniales. Tomo XIV. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina, 1977. Pág.22.

Galindo Garfias, considera que la legitimación surge como efecto del matrimonio de los padres siendo hasta entonces cuando los hijos naturales habidos anteriormente al matrimonio de los padres son considerados como hijos legítimos (de matrimonio); ésta idea abarca a todos los elementos que integran a la legitimación, con la falta, únicamente, del acto de reconocimiento, ya que aquél supuesto solo surtirá efectos cuando medie el reconocimiento.

El hecho de que exista el reconocimiento, es como los hijos adquirirán todos sus derechos, aún cuando sea después del matrimonio.

La legitimación es el proceso que concede a los hijos concebidos fuera del matrimonio, el carácter de hijo legítimo con todas sus consecuencias.

Se hace referencia a los hijos concebidos fuera del matrimonio de los padres como es el caso de los hijos nacidos después de 180 días de celebrado éste o nacidos antes del matrimonio. El reconocimiento, como hemos mencionado anteriormente, puede efectuarse antes de la celebración del matrimonio de sus padres, en el momento de la celebración o después de celebrado. Para tal efecto es conveniente la lectura de los artículos 354 y 355 del Código Civil.(5)

---

5.- "Art. 354 Código Civil.- El matrimonio subsiguiente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración.

"Art. 355 Código Civil.- Para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente".

La legitimación, se regula en tres casos :

1.- Para los hijos aún no nacidos, cuando al momento del matrimonio el padre reconoce al hijo de la mujer embarazada, entra el caso de los hijos nacidos dentro de los 180 días siguientes al matrimonio, en los que el reconocimiento del padre podría ser tácito si éste no objeta su paternidad.

2.- Para los hijos nacidos antes del matrimonio de los padres, y que puede hacerse en el momento de la celebración, antes o después.

3.- Para el hijo muerto, si el hijo muere antes del matrimonio de los padres en el caso que haya dejado descendientes.

Para que se dé la legitimación, se requiere el acto del reconocimiento y del acto del matrimonio; siendo resultado de dos actos jurídicos.

#### **1.4. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.**

Al hablar de filiación, es importante mencionar tres principios básicos que se hacen presentes en todo momento y que son:

A.- Igualdad de dignidad y derechos de los hijos. En nuestro sistema jurídico se conceden iguales derechos e igual dignidad a los hijos sin importar su origen. En la Exposición de motivos del Código Civil se resalta el principio de igualdad:

"Por lo que toca a los hijos se comenzó por borrar la diferencia entre hijos legítimos y los hijos nacidos fuera del matrimonio; se procuro que unos y otros gozaran de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen;..."(6)

B.- Protección constitucional a los hijos. El último párrafo del artículo 4 de la Constitución señala:

"Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, la ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las Instituciones públicas."

Primeramente es obligación de los padres proteger a los menores, las Instituciones públicas tienen la obligación de apoyar a los mismos y auxiliar a su protección sólo de manera subsidiaria.

C.- Bien de los hijos. Las Instituciones relacionadas con los hijos, filiación, adopción, patria potestad, tutela; Deben basarse antes que nada en el principio del bien de los hijos. La ley al garantizar su protección e igualdad busca principalmente el bien de los hijos, independientemente de su origen.

---

6.- Exposición de motivos del Código Civil.

## **1.5. CONCUBINATO.**

Al existir la relación de concubinato, se enfrenta a la posibilidad de que se procreen hijos, los cuales se presumen hijos de los concubinos si nacen después de 180 días de que empezó la relación o dentro de los 300 días siguientes a su terminación, en virtud de las relaciones sexuales que se dan en el concubinato.

El concubinato es una figura que se diferencia del matrimonio ya que el matrimonio produce plenitud de efectos jurídicos, derechos y obligaciones entre los cónyuges y respecto a los hijos. Galindo Garfías señala que los efectos del concubinato son limitados, como así lo reconoce la ley.

El concubinato no se encuentra bien reglamentado por el derecho siendo sólo importante para éste, determinados efectos que origina.

La vida sexual de los padres, otorga a los hijos, la acción de investigación de la paternidad con los consiguientes efectos de la filiación.

## **1.6. RELACIONES JURIDICAS PATERNO-FILIALES.**

Este tipo de relaciones se establece por un vínculo biológico y jurídico que comprende las relaciones jurídicas que se dan por el hecho natural del nacimiento o por el acto jurídico de la adopción, entre los padres y los hijos

sujetos de la relación, que en algunos casos podrán ser los abuelos; entre los que surgen un conjunto de deberes, derechos y obligaciones.

Las relaciones jurídicas paterno-filiales se dan independientemente de que sean de origen matrimonial o extramatrimonial de los hijos.

Esta relación es un vínculo permanente que vivirá con más intensidad cuando los hijos son menores, pero que no terminan con su mayoría de edad. El artículo 411 del Código Civil señala:

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

## **1.7. FILIACION DE HIJOS NACIDOS DE MATRIMONIO.**

La legislación señala iguales a todos los hijos, pero el origen de estos puede ser diferente ya sea matrimonial o extramatrimonial.

La filiación de los hijos de matrimonio comprende a los concebidos y nacidos durante el matrimonio, a los concebidos antes o nacidos después de disuelto.

Partiendo de la existencia del matrimonio de los padres, se toma en cuenta el momento de la concepción y es entonces que encontramos tres tipos de hijos dentro de los hijos matrimoniales :

A.- Legítimos. De acuerdo a nuestro Código Civil el artículo 324 menciona que son hijos legítimos: los que nacen después de los 180 días de celebrado el matrimonio y los nacidos dentro de los 300 días siguientes a su disolución, de lo que se desprende un tercer tipo que son los nacidos y concebidos durante el matrimonio de los padres aún cuando se presente la situación que señala el artículo 344 del Código Civil que señala:

"Declarado nulo un matrimonio, haya habido buena o mala fé de los cónyuges al celebrarlo, los hijos tenidos durante él se consideran como hijos de matrimonio."

B.- Legitimados. Los hijos legitimados, lo pueden ser por ministerio de ley, que son los nacidos dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, para los que la ley prevé cuatro supuestos que impiden el desconocimiento del padre (artículo 328 del Código Civil):

1.- Que el marido sepa, antes de la boda, del embarazo de la mujer que será su conyuge, para lo que requiere prueba por escrito;

2.- Cuando el marido concurre al levantamiento del acta de nacimiento y firma o contiene su declaración si no sabe firmar;

3.- Si lo reconoce expresamente como suyo; y

4.- Si el hijo no nace capaz de vivir.

También serán legitimados por ministerio de ley los hijos nacidos después de 300 días de la separación de los cónyuges, si el marido no los desconoce, si lo hace corresponde a la mujer probar que el marido es el padre; se habla de separación en la ley para el caso de divorcio o nulidad (artículo 327 del Código Civil), puesto que si la separación es por muerte del marido ya no existe la posibilidad de tener relaciones sexuales.

Otro caso de hijos legitimados serán los nacidos antes del matrimonio de sus padres, como señala el artículo 354 del Código Civil :

"El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración".

Para que se dé la legitimación es necesario que los padres lo reconozcan expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto de la celebración o durante él, pudiendo hacerlo ambos padres conjunta o separadamente. (artículo 355 del Código Civil).

C.- Conflicto en caso de segundo matrimonio. El artículo 334 del Código Civil en sus tres fracciones se refiere a la problemática de determinar la filiación de un hijo nacido después del segundo matrimonio de la madre, siendo ésta viuda, divorciada o haya sido anulado su primer matrimonio, de tal manera que consideramos importante señalar las fracciones:

I.- Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los 300 días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de 180 días a la celebración del segundo.

II.- Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de 180 días de la celebración del segundo matrimonio aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los 300 días posteriores a la disolución del primer matrimonio.

El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye.

III.- El hijo se presume nacido fuera del matrimonio si nace antes de 180 días de la celebración del segundo matrimonio y después de 300 días de la disolución del primero.

Con éstas fracciones la ley pretende resolver los conflictos que se puedan presentar, pero los plazos establecidos por la ley no concuerdan con el tiempo biológico entre la concepción y el nacimiento, que es en promedio de 270 días dependiendo de cada mujer, por lo que se puede impugnar erróneamente la paternidad.

#### **1.7.1. Prueba de filiación de hijos nacidos de matrimonio.**

Para la filiación de hijos nacidos de matrimonios el Código Civil señala en los artículos 340 y 341, los medios de prueba, que son:

El acta de nacimiento de los hijos y el acta de matrimonio de los padres, si éstas fueran defectuosas, incompletas o falsas se prueba con "la posesión constante de estado del hijo nacido de matrimonio", que deberá probarse que son de ambos cónyuges y la existencia del matrimonio, si falta el acta deberá recurrirse al lugar donde se efectuó ya que si no se prueba el matrimonio los hijos serán considerados extramatrimoniales; pues aunque se viva en una situación de matrimonio, este no se produce por el transcurso del tiempo.

Si existe el acta de matrimonio y falta la de nacimiento nuestra ley prevé que se pruebe la posesión de estado de hijo mediante la fama si ha sido reconocido como hijo de matrimonio, por la familia del marido y por la sociedad, así como:

Por el uso del apellido del padre, con anuencia de éste; que el padre lo trate como hijo de matrimonio, al proporcionarle subsistencia, educación y establecimiento.

Y que la edad sea la exigida por el artículo 361 del Código Civil.

Estas circunstancias de acuerdo como el Código Civil lo señala en su artículo 343 pueden concurrir una de ellas y no necesariamente todas.

Habiendo actas, pero una o ambas son defectuosas, incompletas o falsas, también se recurrirá a la posesión de estado de hijo. Cuando esto ocurre dicha posesión hará prueba plena si no existe acta de nacimiento que

la contradiga en defecto de la posesión de estado de hijo, el artículo 341 señala :

...“En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión”. Esto se hará en un proceso judicial por medio de las pruebas que se aporten ante el juez, donde la admisión de la prueba testimonial está condicionada (ya que es fácil elaborarse o presentar testigos falsos), a otras pruebas (Documental, indiciaria o presuncional) que fundamente lo que se pretende demostrar.

#### **1.7.2. Efectos.**

Dada la relación paterno-filial, provenga de matrimonio o sea extramatrimonial, si los hijos han sido reconocidos por ambos progenitores o por sentencia judicial que declare la filiación, se originaran las siguientes consecuencias jurídicas:

- El uso de los apellidos materno y paterno en el nombre del hijo, que debe constar en el acta de nacimiento.

- La obligación de dar alimentos, como lo prevé el Código Civil para los hijos legítimos o reconocidos y de éstos para los padres en los supuestos que señala el mismo Código.

- La patria potestad con todos sus derechos, deberes y obligaciones que se ejercen sobre los hijos menores independientemente de su origen.

- Los derechos sucesorios que una vez establecida la relación paterno-filial da a los hijos derechos en sucesión legítima conforme lo señale la ley y al testador le marca que tiene la obligación de dejar alimentos a sus descendientes menores de edad, con lo que esté obligado al momento de la muerte.

- Las relaciones personales y jurídicas derivadas de la convivencia familiar en la que deben permanecer los hijos sujetos a patria potestad, convivencia necesaria para poder ejercer los deberes, derechos y obligaciones de las relaciones jurídicas paterno-filiales.

- La tutela legítima que con respecto a las relaciones jurídicas paterno-filiales observa el Código Civil en los artículos 487 y 489, que señalan:

"Los hijos mayores de edad son tutores de su madre o padre viudo".

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

- Tipificación de ciertos delitos que requieren como uno de sus elementos la relación de filiación entre los sujetos activo y pasivo, como son los delitos de infanticidio y parricidio.

- Determinadas prohibiciones en virtud de la relación jurídica paterno-filial como el impedimento, de contraer matrimonio; la prohibición de ser testigo del testamento donde los ascendientes o descendientes sean herederos o legatarios; la prohibición a los hijos sujetos a patria potestad, de vender a sus padres sus bienes que no sean producto de su trabajo; etc.

### **1.8. FILIACION DE HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.**

La filiación, con respecto a la madre, podrá establecerse por la prueba directa que proporciona el parto, con respecto al padre sólo en caso de concubinato podrá establecerse por la presunción contenida en el artículo 383 del Código Civil:

"Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I.- Los nacidos después de 180 días contados desde que empezó el concubinato;

II.- Los nacidos dentro de los 300 días siguientes al que cesó la vida en común entre concubinario y concubina".

Fuera de estos casos para establecer la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio es necesario el reconocimiento voluntario o la investigación de la paternidad o maternidad.

### **1.8.1. Situaciones en las que pueden encontrarse los hijos nacidos fuera del matrimonio.**

A) Hijos no reconocidos, en los que no puede establecerse la relación paterno-filial, por estar desprotegidos al no poder probar su filiación. Pueden ser de forma absoluta, si ninguno de los padres los ha reconocido o relativa, cuando sólo uno no le da su reconocimiento, en la que sí puede establecer la relación y filiación respecto del progenitor que lo haya reconocido.

B) Filiación aceptada de hecho, por ciertos elementos o pruebas que permiten la identificación de los progenitores, como la posesión de estado de hijo, el concubinato, etc.

C) Filiación por reconocimiento o por sentencia, el reconocimiento puede ser por la madre o el padre, o por ambos, de forma voluntaria o por medio de un juicio de investigación de la maternidad o la paternidad obteniendo sentencia que declare la filiación. Con lo que quedará demostrada la relación jurídica paterno-filial con los efectos de la filiación legítima(7).

### **1.8.2. Deber de los progenitores.**

Debemos entender como una obligación natural el que el padre reconozca a sus hijos, ya que nuestro Código Civil señala el reconocimiento materno en su artículo 60 :

7.- "Reconocimiento y legitimación". Puntos 1.2 y 1.3 de éste capítulo.

"La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo.."

Como podemos observar, no refiere expresamente la obligación del padre.

La procreación genera un deber de los padres de atender, cuidar y alimentar a sus hijos por los lazos de consanguinidad, y a la vez establecer la relación paterno-filial por medio del reconocimiento.

Para que surja dicha relación se debe comprobar dicha filiación, de lo contrario quedaría sólo en una relación natural. El deber de reconocer lo tienen siempre los progenitores, especialmente el padre si existe una prueba de su paternidad este deber se puede presentar :

1.- Aceptación de hecho. "Cuando exista en favor del hijo un principio de prueba como puede ser el que hubiere escritos, testigos o actuaciones del padre. Al generarse la posibilidad de investigar la paternidad como un derecho del hijo, en los términos de la fracción IV del artículo 382 del Código Civil, se origina necesariamente el deber del padre de reconocer al hijo cuando hubiere algún principio de prueba"(8).

2.- Posesión de estado de hijo natural. Como prueba de la investigación de la paternidad requiere, demostrar por los medios ordinarios de prueba que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia

---

8.- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales. Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984. Pág. 125.

como hijo del primero, y que ésta ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento. (artículo 384 del Código Civil).

3.- Delito. Cuando por consecuencia de la comisión de un delito como el raptó, estupro o violación nacen hijos, si la época del delito coincide con la de la concepción.

4.- Concubinato. como ya ha sido tratado en el punto 1.5 de este capítulo, ésta figura ante la posibilidad de procreación de los hijos se presumirán como propios de los concubinatarios según lo dispuesto por el artículo 383 del Código Civil, que es un reconocimiento legal, probando el concubinato.

El incumplimiento del deber de reconocer que tienen los progenitores, especialmente el padre en estos cuatro casos, permite a los hijos llevar a cabo la investigación de la paternidad, y de la maternidad, si esta última no tiene por objeto atribuir el hijo a una mujer casada (Artículo 385).

Si se ha hecho el reconocimiento o se ha obtenido la sentencia declarativa de la paternidad o maternidad se podrá probar:

A.- Por el acta de nacimiento, en la que pueden estar el nombre de ambos padres o sólo el de uno. El nombre del padre constará en ella si este lo pide por sí o por apoderado especial, la madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo (De lo que deducimos que para el padre es un acto potestativo y para la madre un acto obligatorio) (Artículo 60 del Código Civil); no podrá asentarse el nombre de la madre cuando esté casada y viva

con su marido si el hijo proviene de relaciones adúlteras a no ser que el esposo haya desconocido al hijo de aquélla, y exista sentencia ejecutoria que así lo declare (Artículo 62 del Código Civil).

El acta surtirá sus efectos de reconocimiento legal respecto de los padres comparecientes, y será prueba de filiación.

B.- Acta de reconocimiento. El artículo 78 de Código Civil establece: "Si el reconocimiento del hijo natural se hiciera después de haber sido registrado su nacimiento se formará acta separada."

Este reconocimiento posterior al registro del nacimiento puede ser voluntario o por sentencia judicial que así lo determine.

## **1.9. ADOPCION.**

Es importante mencionar la figura de la adopción, ya que, generalmente es una persona la que adopta y la ley permite que sean dos para el caso de matrimonios, nada garantiza que ese matrimonio no llegue a terminar y aquí también el adoptado quedará bajo la custodia de uno de los adoptantes.

La adopción constituye un acto jurídico de carácter complejo, ya que en él intervienen varios elementos, como la convergencia de varias voluntades para que se perfeccione, las cuales son:

- La del adoptante.
- La del representante del adoptado.
- Y la resolución que autorice el ejercicio de la misma.

Sin embargo, también se puede presentar el caso que sea el mismo adoptado el que otorge su consentimiento cuando tenga más de catorce años, esto último de conformidad con lo establecido en la fracción IV del artículo 397 del Código Civil.

Otro elemento es precisamente la tramitación del expediente judicial, en virtud de ser un acto solemne que debe apegarse a las formalidades establecidas en el Código de Procedimientos Civiles.

Por otro lado, es un acto extintivo de la patria potestad para quien la ejercía hasta el momento de la adopción, ya que ésta se transfiere al adoptante de acuerdo al artículo 403 del Código Civil. Es un acto constitutivo del parentesco civil y de la patria potestad.

La adopción anteriormente, se consideraba un medio o conducto para aquellos matrimonios que no podían tener hijos y así llenar un "Hueco" y alcanzar sus aspiraciones teniendo descendencia. Otra causa por la que se acudía a realizar el acto de adopción, era exclusivamente con miras a la reproducción de la estirpe.

Sin duda estos supuestos no obedecían necesariamente a la causa altruísta hacia la protección del infante o mayor incapacitado.

Actualmente, se puede considerar una institución "... Creada fundamentalmente con fines de protección de la persona y de los bienes de los menores de edad no emancipados y de los mayores de edad incapacitados "(9);

Ignacio Galindo Garfías estima que:

"La adopción crea una relación de paternidad (parentesco) respecto a un extraño, donde la naturaleza no la ha establecido".(10)

Ahora bien, cuando no se lleva acabo el acto de reconocimiento de los hijos, por parte de los progenitores puede el menor ser adoptado de lo cual debiera respecto de la persona y bienes del adoptado, todos y cada uno de los derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos (Artículos 395 y 396 de Código Civil).

Es necesario mencionar que los efectos que deriven de la adopción se circunscriben al adoptante y al adoptado exclusivamente. Por otra parte, es posible que la adopción se revoque, lo que constituye una diferencia en relación con los hijos nacidos fuera del matrimonio o dentro de él, que hayan sido reconocidos previamente; la diferencia estriba en que la revocación en la adopción puede ser convenida entre las partes, pero siempre y cuando, el

9.- GALINDO GRAFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General.-Personas, Familias. Octava Edición. Editorial Porrúa, S.A. México,1987. Pág. 652.

10.- IBIDEM.

adoptado sea mayor de edad y, para el caso del reconocimiento podrá ser revocado cuando el que reconoció haya incurrido en error o dolo. Desde luego que la adopción se revoca también por ingratitud del adoptado y este surtirá efectos cuando se compruebe si cometió algún delito contra la persona, honra o los bienes del adoptante, así como en la persona de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes.

### **1.9.1. Naturaleza Jurídica.**

Al analizar los elementos que constituyen al acto jurídico de la adopción se puede extraer su naturaleza jurídica, y determinar que es un acto de naturaleza mixta ya que una vez que convergen las voluntades de quienes quieren llevar el acto, el Estado tiene que otorgar también su consentimiento; esto fundamentado en la intervención estatal en interés de la protección tanto de los menores de edad como a mayores de edad incapacitados.

Así es, como "Esta peculiar naturaleza jurídica ... como institución adquiere cada día un aspecto social que se funda en la necesidad de lograr en la mejor manera posible el esfuerzo de los particulares y del estado la protección y amparo del menor ... alejándose hoy en día ... de aquella concepción individualista de PORTALIS que fué introducido en el Código Civil Francés(11); precisamente porque se le otorgaba naturaleza contractual, debido a la ideología individualista que se daba como consecuencia de la revolución Francesa.

---

11.- Ídem. Pág. 655.

Obviamente no podemos concebir la naturaleza de carácter contractual de la adopción puesto que no se da el principio de la autonomía de la voluntad y porque es un acto jurídico que requiere la manifestación de la voluntad de las personas que desean dar cumplimiento a las consecuencias jurídicas que se traducen en obligaciones a cargo de quien adopta.

Tampoco se puede admitir el otro extremo, de que se trate de un acto de poder estatal, ya que aún cuando el juez de lo familiar aprueba y decreta la adopción no lo puede hacer por iniciativa propia o a su libre arbitrio, sino que debe observarse previamente la voluntad del adoptante, así como la de los representantes del adoptado, o incluso cuando sea el caso, la del propio adoptado y, por supuesto, la voluntad de la autoridad que decreta la adopción configurándose con esto un acto jurídico plurilateral de carácter mixto.

**EFFECTOS.** El principal efecto de la adopción es la transmisión de la patria potestad al o los adoptantes para que la ejerzan de una manera plena sobre el adoptado, los derechos y obligaciones del adoptante son los mismos que tienen los padres con sus hijos y los derechos y obligaciones del adoptado para con quien lo adopte son los mismos que tiene un hijo con sus padres (artículos 395 y 396 del Código Civil).

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD**

#### **2.1. CONCEPTO**

Aún cuando el concepto de la patria potestad ha sido ya muy estudiado, es importante señalarlo en el presente estudio para la comprensión del tema, así como para el objeto de la investigación.

El término patria potestad proviene de los vocablos latinos "Patrius" y "potestas", que significan: lo relativo al padre y potestad, dominio o autoridad. Estos significados actualmente no se utilizan, ahora se refieren a las relaciones de ambos padres con sus hijos, ya no exclusivamente del padre; tampoco se refiere sólo a un poder sobre los hijos.

La patria potestad, ha sido definida por autores destacados, sin embargo, siempre llegan a un mismo punto de convergencia sobre la misma aunque la doctrina no sea uniforme, hay algunos que la consideran un poder y otros una función. Entonces, podemos decir que es la unión de derechos y deberes que se otorgan e imponen a los ascendientes para que ejerzan su función en beneficio de los menores y de sus bienes, siempre con la finalidad de protegerlos y educarlos.

Efectivamente, debemos resaltar que el objetivo de la institución que venimos estudiando es, en verdad importante y se refiere precisamente a la

asistencia, defensa y protección en todos los aspectos para la adecuada formación de los hijos.

Asimismo, debemos dejar claro que es una institución que deriva de la filiación consanguínea o bien, civil, que necesariamente debe establecerse legalmente para determinar quién o quiénes son los responsables de su ejercicio.

La ley impone obligaciones cuyo incumplimiento lleva a una sanción determinada, así, consideramos que son obligaciones, por ejemplo, la educación o la administración de los bienes. Sin embargo, y aquí es donde justificamos el hecho de que se otorguen facultades a los ascendientes; la función de su ejercicio queda al libre albedrío de los progenitores, por eso se habla de un derecho para elegir, por ejemplo, que tipo de educación ha de llevar el hijo, es así como Ignacio Andrade Valderram considera que la patria potestad se ha transformado de derecho en deber, que será ejercido en interés del hijo. Cabe señalar que los derechos sobre los hijos son limitados ya que no implican el maltrato físico o mental de los menores.

Aseguramos categóricamente que el ejercicio o desempeño de la patria potestad es, en nuestros días, más que un poder o autoridad absoluta, una función, precisamente, del ejercicio de un derecho.

Evidentemente el signo de los tiempos ha venido a cambiar la esencia por una actividad o función de los progenitores. Esto se debe a circunstancias y hechos que han permitido que pierda el carácter autoritario que obtuvo en el antiguo Derecho Romano y, aún en el germánico; y que se

haya convertido en una institución destinada al amparo de la persona y bienes de los hijos.

De tal modo que, al remontarnos al origen de la patria potestad en la época romana, observamos que la autoridad absoluta conferida al padre le permitía disponer de sus hijos, de la forma que mejor le pareciera:

"Esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, y que ejercía, al mismo tiempo que sobre la persona, sobre los bienes de los hijos"(12).

Por otra parte "el padre o el abuelo tenían un poder disciplinario, casi ilimitado, sobre el hijo; hasta podía matarlos (ius vitae necisque)..."(13).

Aunado a esto, no era raro que se facultara al Pater Familias a abandonar a los hijos si no quería tener esa carga.

No podemos pasar por alto el sentido puramente moral que deriva de los padres a los hijos, y nos referimos al cariño y al afecto que sin duda, encaminan al ejercicio de la patria potestad con responsabilidad más que con la obligación contenida en la norma.

No deben de escapar de nuestro estudio algunas de las definiciones que elaboran prestigiados autores. Un concepto práctico que contienen todas

12.- PETIT EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción D. Ferrandez González, José. Editorial Epoca. México, 1977. Pág.101.

13.- FLORIS MARGADANT, Guillermo. El Derecho Privado Romano. Duodécima Edición. Editorial Esfinge. México,1983. Pág. 114.

y cada una de las partes que conforman la institución de la patria potestad, es la de: Sara Montero quien dice:

“es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad.”(14).

Sin embargo, falta algo que no se intuye en esta definición, que previamente tal filiación debe estar establecida legalmente.

Otras definiciones que consideramos importantes señalar son las siguientes:

Chavéz Asencio señala que la patria potestad es:

“el conjunto de deberes, obligaciones y derechos que la ley concede a quienes la ejercen (padres o abuelos) en función a la promoción integral del menor no emancipado y para la administración de sus bienes”.

Rafael De Pina menciona:

“La patria potestad es el conjunto de las facultades que suponen también deberes, conferidos a quienes la ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según el caso) destinadas a la protección de los menores, no emancipados, en cuanto se refiere a su persona y sus bienes”.

---

14.- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984. Pág.339.

Güitron Fuentevilla la entiende como :

"el conjunto de derechos y poderes atribuidos por la ley, al padre y la madre, sobre la persona y los bienes de los hijos menores de edad, no emancipados, con el objeto de permitir a aquéllos cumplir con sus deberes legales de sustento y educación".

Castán Vazquez señala:

"La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole".

Otra definición, a nuestro parecer muy adecuada, es la de : -  
Galindo Garfías y estima que:

"La patria potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos nacidos fuera de él o de hijos adoptivos".(15)

El Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal (16), no nos da un concepto de patria potestad y

15.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Sexta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1983. Pág 667.

16.- Nos referiremos más adelante, respecto a éste ordenamiento, como Código Civil.

solamente establece que los hijos menores estarán sujetos a éste siempre que haya un ascendiente que tenga la obligación de ejercerla así como lo señala el artículo 412 del Código Civil, sobre la persona y los bienes de los hijos, precisamente (artículo 413 del Código Civil).

Conviene también señalar la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que al respecto ha dicho:

“La patria potestad comprende una serie de Derechos y de obligaciones correlativas para quien la ejerce, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, 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, según se desprende del artículo 378 del Código Civil de Veracruz; sin embargo, debe advertirse que la autoridad judicial está facultada para, sin privar a los padres o abuelos de la patria potestad que ejerzan, suprimirles o restringirles alguno o algunos de los derechos que la misma comprende, como puede ser la privación de la guarda y custodia de los menores, de la facultad de decidir sobre alguna cuestión relativa a su educación, de la administración de sus bienes, etc.; esto se desprende, entre otros, de los artículos 342 y 370 del ordenamiento antes mencionado”. (Amparo directo 2078/74. 15 de agosto de 1975. Unanimidad.)

Con todo esto es claro que la patria potestad no es sólo un poder o autoridad que se ejerce sobre los hijos y sus bienes; que comprende una serie de deberes, derechos y obligaciones de los padres y los hijos.

En la patria potestad los padres o abuelos ejercen el mayor tipo de interferencia respectivamente sobre la persona, conducta, actividad jurídica y el patrimonio de sus hijos o nietos menores de edad.

## **2.2. CARACTERISTICAS.**

Es importante señalar las características de la patria potestad para tener un mejor conocimiento sobre la misma, es así que consideramos importante señalar a las siguientes :

a) Personal : Ya que los deberes, derechos y obligaciones en general, no pueden ser cumplidos por otros ajenos a ella, pero a la vez es delegable en ciertos aspectos como la educación escolar, que auxilia a quienes la ejercen (padre y madre, abuela y abuelo, etc.) que se deleguen convencionalmente ciertas funciones.

b) Pueden ejercerla menores de edad cuando estos tengan sus propios hijos.

c) Obligatoria e irrenunciable : El ejercicio de la patria potestad es obligatorio y no se puede renunciar a él, como lo señala el artículo 448 del Código Civil, que solo admite que se excusen en dos casos:

" I.- Cuando tengan 60 años cumplidos;y

" II.- Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño".

d) Es de interés público. Si bien, la patria potestad es un cargo de Derecho privado, se ejerce en interés público; por lo cual es justificable y necesario en algunos casos la intervención estatal en la protección de los menores sujetos a ella.

e) Temporal. Su ejercicio terminará cuando: el menor adquiere la mayoría de edad, con su emancipación derivada del matrimonio; o con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.

f) Intransmisible. La patria potestad no se puede transmitir o enajenar; corresponde sólo a los padres o abuelos. Sólo en algunos casos se puede transmitir por la adopción.

### **2.3. SUJETOS.**

Estos son : los que ejercen la patria potestad (sujeto activo) y sobre quienes recaer (sujeto pasivo). Conforme al artículo 412 del Código Civil, están bajo la patria potestad los hijos menores de edad, mientras exista alguno de los ascendientes que deben ejercerla conforme a la ley.

En general la patria potestad la ejercen el padre y la madre, pero hay casos en que corresponde sólo a uno de ellos o a falta de ambos a los abuelos, ya sean paternos o maternos; el caso de los hijos adoptivos corresponde únicamente a quien los adopte.

Las variaciones pueden ser, según se trate de hijos nacidos de matrimonio o fuera de éste. El Código Civil señala que sobre los hijos de matrimonio, la ejercen el padre y la madre, a falta de ambos los abuelos paternos o maternos en el orden que determine el juez de lo familiar (artículos 414 y 418 del Código Civil). Si sólo faltase alguno de las dos personas a quien corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ella.

Cuando el hijo nacido fuera de matrimonio es reconocido por ambos progenitores y viven juntos, ambos ejercerán la patria potestad. Si viven separados se aplican, según el caso, los artículos 380 y 381 del Código Civil, que a la letra señalan:

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

"Artículo 381. En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el primero que hubiere reconocido al hijo, 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 ”.

Para ambos casos previstos, si alguno dejara de ejercerla, entrará a ejercerla el otro.

Si los padres de un hijo nacido fuera de matrimonio, que vivían juntos se separan, deberán ponerse de acuerdo en quien la seguirá ejerciendo, a falta de éste acuerdo la ejercerá el progenitor que designe el juez.

#### **2.4. EFECTOS.**

Una vez conocidos los elementos que integran la Institución de la patria potestad, podemos hacer referencia a los efectos que derivan del ejercicio de esta función con relación a las personas que intervienen en ella, así como de los bienes de los menores.

Para éste análisis, siempre es conveniente hacer una clasificación con tres rubros a través de los cuales se determinan los supuestos que podrían presentarse:

#### **2.4.1. Los relativos a los menores sujetos a la patria potestad.**

Es indudable que los efectos con relación a los hijos se traducen en deberes y derechos que corren a su cargo.

Aludiendo en primer lugar a las obligaciones observaremos que su contenido es puramente moral, "Una norma de carácter totalmente ético..."(17) Efectivamente al tratarse de menores no emancipados no se les pueden imponer normas de carácter jurídico ya que de acuerdo con el artículo 647 del Código Civil, sólo podrá disponer libremente tanto de su persona como de sus bienes en cuanto tenga la mayoría de edad.

Sabemos de antemano que la mayor edad empieza a los 18 años cumplidos (artículo 646 del Código Civil), sin embargo, debemos ponderar lo siguiente: es cierto que jóvenes menores de dieciocho años cumplidos pueden asumir perfectamente determinadas obligaciones, así como ser, también, plenamente responsables por delitos que cometan.

No obstante nuestra consideración, y para el buen seguimiento de nuestro estudio, nos guiaremos de conformidad con el Código Civil.

Ahora bien, estos deberes se reducen primeramente a que los hijos hagan suya la cualidad moral que impele al más severo cumplimiento de sus obligaciones hacia sus padres y todos sus demás ascendientes. Asimismo,

---

17.- MONTERO DUHALT, Sara. op. cit. Pág 346.

tenerles consideración y atención, no importando las circunstancias en las que se tengan que otorgar.

El legislador recoge lo que el tiempo no ha podido borrar, estableciendo en el artículo 411 del Código Civil que:

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

Este atributo de los hijos contiene ciertas características que lo distinguen de lo demás:

1. No se extingue por la mayoría de edad, ni por la emancipación;
2. Pertenece no sólo al padre y la madre, sino a los demás ascendientes, aunque no se hallen en el ejercicio actual de la patria potestad;  
y,
3. Es de difícil sanción, porque es un precepto moral, del que se derivan los derechos y deberes que constituyen la patria potestad.

Cabe mencionar que este criterio no tiene porque perderse, ya que siempre debe imperar el respeto mutuo entre los miembros de la familia para mantenerla sólida.

“Dicho precepto sirve de base a muchas disposiciones de Derecho Civil y del penal. De aquí proviene, la prohibición a los menores de contraer

matrimonio sin el consentimiento del padre o la madre; la severidad con que se castiga el parricidio; y muchos otros preceptos que se fundan en el respeto y reverencia que los hijos deben a sus padres".(18)

En el mismo artículo (411 del Código Civil), al hablar en los términos de "honrar y respetar" están comprendidos todos los deberes de un hijo hacia sus padres como son la obediencia y el respeto a las disposiciones de los padres en su educación y cuidado, y las consideraciones de lealtad a la persona de sus padres.

Por otro lado, de conformidad con lo establecido en el Código Civil en el artículo 421 el menor no puede, por ningún motivo, abandonar permanentemente el domicilio de los padres, que por mandato legal debe considerarse domicilio legal del hijo.

Al igual que otros autores, estimamos que tanto los derechos de los menores, como algunas obligaciones, son efectos correlativos a los titulares que ejercen la función de la patria potestad.

Asimismo, los hijos tienen derecho a recibir alimentos, tal y como lo señala el artículo 303 del Código Civil que a la letra dice:

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

---

18.- RICCI, Francisco. Derecho Civil Teórico y Práctico. Tomo IV. Editorial La España Moderna. Madrid, España. Pág. 283.

A su vez, la obligación alimenticia la tienen también los hijos, cuando los padres tengan la necesidad de recibirlos, lo cual dispone el artículo 304 del mismo Código:

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

Esta obligación alimenticia es recíproca, el que los da tiene derecho a pedirlos:

"Artículo 301 del Código Civil. La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene a su vez derecho a pedirlos".

Los menores sujetos a patria potestad tienen derecho a la propiedad, la administración y el usufructo de los bienes que adquieran por el fruto de su trabajo, y derecho a la propiedad y el 50 % del usufructo de los bienes que adquiera por cualquier otro medio; a la vez que éstos bienes le sean bien administrados por quienes ejerzan la patria potestad sobre ellos.

#### **2.4.2. Los relativos a los ascendientes que ejercen la patria potestad:**

Hemos señalado que la patria potestad deriva de la filiación, es decir, de la procreación o bien de la adopción, y con ella la imposición a los que la ejerzan la obligación de otorgar a los menores sujetos a la misma, una

formación adecuada y conveniente, siempre en beneficio de estos últimos así como de sus bienes.

Para el estudio de los derechos y obligaciones por parte de los ascendientes, nos concretaremos a los siguientes supuestos:

La obligación de costear las necesidades de los hijos, en primer lugar, proveerlos de alimentos y aún cuando tenemos claro que este deber no deriva propiamente de la patria potestad, sino de la filiación, ya que no se pierde aunque se llegue a tener la mayor edad, consideramos que es un pilar que sostiene y lleva por buen camino a la institución.

Nuestro Código Civil establece en su artículo 164 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...”

La obligación alimenticia persiste aún para los casos de suspensión, pérdida o terminación de la patria potestad y, deben ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos (artículo 311 del Código Civil).

También tenemos presente su función esencial que consiste en el cuidado y formación del menor. Asimismo, de conformidad con el artículo 308 del Código Civil, en los alimentos también se comprende la obligación de educarlos convenientemente. Es realmente importante este hecho ya que

otorga la posibilidad al hijo para que se abra paso en la sociedad y pueda bastar sus necesidades por sí solo.

Indudablemente nos referimos a la educación en las escuelas y así agotar la finalidad de "...proporcionarle los medios para que adquiriera algún oficio, arte o profesión honestos..." (artículo 308 del Código Civil).

Resulta evidente que el deber de educar no se agota en los centros de enseñanza, sino por el contrario, conlleva a que los padres corrijan adecuadamente a los hijos para una mejor convivencia en el hogar. Así, el Artículo 423 del Código Civil concluye estableciendo que:

"...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".

Anteriormente, se otorgaba el "derecho" de castigar "mesuradamente" a los hijos(19), ahora debe entenderse esta facultad de corrección a través del ejemplo que se les dé con respecto a la conducta que debe adoptar, la cual debe ser adecuada y de acuerdo a las buenas costumbres.

También a través de llamadas de atención, sólo verbales, sin llegar en ningún momento a ocasionarles lesiones, ya que en la actualidad se observa que se llevan a cabo numerosos casos de maltrato a los menores.

---

19.- Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación, el martes 31 de diciembre de 1974, entra en vigor a los 60 días de su publicación.

Sin embargo, a la ley no escapa la prevención de estos delitos por medio de sanciones, mismas que están contenidas en el artículo 295 del Código Penal para el Distrito Federal.

El mencionado artículo lo consideramos de suma importancia, así como acertado, ya que sin duda se debe sancionar al ascendiente por el delito de lesiones y suspenderlo e incluso, privarlo de los derechos que le otorga el ejercicio de la patria potestad.

Asimismo, es importante mencionar que el Código Penal no prevé que el ascendiente culpable evada sus obligaciones con respecto a los hijos. No obstante el precepto anterior, también está contemplado el artículo 347 del mismo ordenamiento que determina lo siguiente:

“Los golpes dados y las violencias simples hechas en ejercicio del derecho de corrección, no son punibles”.

Definitivamente no podemos justificar, incluso, violencias que el Código llama “simples” o bien golpes, puesto que esto afecta física como psicológicamente al menor; por otro lado, quién va a determinar que se trata de violencia “simple”; es por esto que consideramos que cualquier tipo de agresión repercute de manera notable en ciertos casos.

Continuando con nuestro estudio, hablamos de una educación integral que comprenda la formación física, espiritual y moral.

Los padres tienen la obligación de entablar una relación personal con sus hijos, donde se sienta el cariño, el apoyo, el calor humano, el respeto necesario para la formación integral del menor. Además los padres gozan de la prerrogativa de pedir ayuda, para la educación de sus hijos a toda clase de especialistas; pues sabemos que el papel de los padres es cada vez más difícil, por la situación actual de crisis moral y aumento de la delincuencia, en la que vivimos.

En cuanto a la representación legal que llevan a cabo los ascendientes a favor y en interés de los menores, lo cual constituye una obligación más a su cargo.

Resulta lógico pensar que quienes ejercen la patria potestad sean los que representen y actúen en nombre de los hijos en todos y cada uno de los actos jurídicos que se presenten; precisamente porque tienen encomendadas la vigilancia y protección de la persona y bienes del menor. Al respecto, el Código Civil en su artículo 424 establece que:

"El que esté 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".

Esta Prohibición tiene, el objeto de procurar el bien del hijo, evitándole peligros y perjuicios a que se expone su por inexperiencia.

La legislación reconoce a los padres como los representantes legales de sus hijos menores, ya que como es sabido:

"Los menores de edad necesitan, en la vida jurídica, la asistencia de otras personas. Es natural que su representación se confiera, en primer lugar, a sus padres. Para éstos el representar a sus hijos constituye, como las demás funciones de la patria potestad, un derecho y un deber".(20)

Respecto al domicilio de los menores sujetos a la patria potestad, el cual, como ya se señaló es el que ocupa junto con sus padres, de conformidad con la fracción I del artículo 31 de Código Civil. Por otro lado, es también consecuencia de la obligación del hijo, de cohabitar con quienes ejercen la patria potestad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 421 del mismo ordenamiento, el cual establece lo siguiente :

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

Los padres tienen el deber de representar a sus hijos en el ejercicio de todas las acciones que puedan traerles a éstos un provecho; así como también pueden, en la vía penal, denunciar delitos cuando la persona agraviada sea su hijo sujeto a patria potestad.

### **2.4.3 Relativos a los bienes de los hijos:**

Ahora pasaremos a estudiar la relación que se desprende entre los ascendientes y los bienes que pertenecen en propiedad al menor.

---

20.- MATEOS ALARCON, Manuel. Lecciones de Derecho Civil. Tomo I Estudios sobre el Código Civil del D.F. México. Pág. 289.

Al respecto, es necesario guiar nuestro estudio de acuerdo con lo que establece el artículo 428 del multicitado Código, ya que prevé en forma precisa las dos clases de bienes que los menores pueden obtener y son : en primer lugar los que adquiere a través de su trabajo y en este caso es importante abrir un paréntesis y señalar que efectivamente los menores de edad pueden ser sujetos de derecho laboral de acuerdo con la Ley, así tenemos el artículo 23 de la Ley Federal del trabajo que establece lo siguiente :

“Los mayores de dieciséis años pueden presentar libremente sus servicios, con la limitaciones establecidas en esta Ley. Los mayores de catorce y menores de dieciséis necesitan autorización de sus padres o tutores y a falta de ellos,... de la Junta de Conciliación y Arbitraje, del Inspector del Trabajo o de la Autoridad Política...”

Además de esta ley existen tesis jurisprudenciales que determinan que los menores de edad que tengan entre 14 y 16 años pueden ser sujetos de derecho laboral y los que están entre 16 y 18 años, podrán considerarse trabajadores comunes y corrientes; en segundo lugar los bienes que reciban por cualquier otro medio como podría ser una donación o un legado.

Así, tenemos que de los primeros, el menor tiene la propiedad, el usufructo, es decir, las utilidades devengadas, y además tendrá, en la medida de sus propias aptitudes, la administración de los mismos.

Esta medida adoptada por la ley, resulta de la constante protección al patrimonio que va forjando, además, resulta lógico que si adquiere un bien con el producto de su trabajo la consecuencia lógica es que sea de su propiedad. Sin embargo, si analizamos esto en realidad, observaremos que generalmente los bienes que podría adquirir el menor son, hasta cierto punto, mínimos, es por ello que el legislador le otorga incluso la administración de los mismos.

En relación a los segundos la propiedad también es del menor pero surgen algunas variantes en cuanto al usufructo de los bienes obtenidos por esta vía, el 50 % será destinado al patrimonio del menor y el otro 50 % será para quienes ejercen la patria potestad.

Las personas que tienen la patria potestad y tienen usufructo de los bienes de sus hijos, están obligados a cumplir con la obligación alimenticia y las impuestas a los usufructuarios, excepto la de dar fianza, fuera de los siguientes casos:

I.- Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra o estén concursados;

II.- Cuando contraigan ulteriores nupcias;

III.- Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos(21).

---

21.- Artículo 434 del Código Civil.

Otra variante es en cuanto a la administración de los bienes, y corresponde a los ascendientes que ejercen la patria potestad; asimismo, la administración supone la realización de los actos necesarios por parte de los ascendientes, buscando el mejor provecho de los bienes en beneficio e interés del hijo, sin embargo, el ejercicio de este derecho puede dar lugar a abusos que, desde luego, van en perjuicio del menor ya que al existir una relación de tipo posesorio, en el caso de bienes muebles, como por ejemplo el dinero u otros instrumentos bancarios (cheques, pagarés, etc.), sin duda pueden llegar a confundir, a veces con dolo, el patrimonio de ambos.

Los que ejercen la patria potestad sólo podrán enajenar o gravar los bienes inmuebles o muebles preciosos del hijo con autorización judicial y por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio. Otorgada la autorización, el Juez de lo familiar que conceda la licencia, deberá cuidar que el producto de la venta se dedique al objeto al que se previó, y su saldo se utilice para la adquisición de un inmueble o se ponga en segura hipoteca a favor del menor.

Cuando se trata de bienes inmuebles, generalmente es detectable el abuso cuando se intenta enajenar o rentar el bien, incluso sin el consentimiento del Juez; para ésto tenemos el artículo 436 del Código Civil que establece que los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar los bienes del hijo sino por causa de necesidad o beneficio y con autorización del Juez competente; es crucial por esto subrayar la importancia de la intervención del Estado para controlar ésta, hasta cierto punto libre, administración de los bienes, puesto que la idea que prevalece

actualmente en la figura de la patria potestad, es la de protección a los menores incluyendo a su patrimonio.

Por lo mismo, los que ejercen la patria potestad encuentran otra limitación, ya que no pueden tampoco realizar los siguientes actos:

- 1.- Celebrar un contrato de arrendamiento por más de cinco años.
- 2.- Recibir la renta adelantada por más de dos años.
- 3.- Vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, frutos y ganados por menos del valor que se cotice al día de la venta .
- 4.- Hacer donaciones de los bienes del hijo.
- 5.- Renunciar a los derechos de éstos.
- 6.- Renunciar a la herencia en representación del hijo.
- 7.- Dar fianza en representación de éstos.

La ley permite que cualquier interesado o el propio hijo mayor de catorce años acuda al Juez para impedir una mala administración de sus bienes o que dañen los intereses del menor.

Cuando exista desacuerdo entre el que ejerza la patria potestad y el menor, se le nombrará un tutor a éste último para que lo represente en juicio.

Por último; los que ejercen la patria potestad deben entregar a sus hijos todos los bienes y frutos que les pertenezcan, cuando éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad.

## **2.5. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES FRENTE A TERCEROS, POR LOS ACTOS DE LOS HIJOS.**

Es importante hacer referencia a las responsabilidades que tienen los padres frente a terceros, por los actos de los hijos, por estar obligados a vigilarlos. Los artículos 1919 y 1920 del Código Civil preven respectivamente:

"Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos ".y;

"Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios,

talleres, etc., pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata”.

Es necesario para que exista ésta responsabilidad que tengamos un hecho, y el daño, como elementos comunes de toda responsabilidad extracontractual, y además es menester que el hijo sea menor de edad y se encuentre sujeto a Patria potestad y que el hijo viva en compañía del padre responsable.

Esta responsabilidad se traduce en la necesidad del padre de pagar los daños causados.

La responsabilidad de los padres está basada en una presunción de falta de vigilancia o que el daño se hubiera dado igual aún con la debida vigilancia.

## **2.6. MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD.**

Se ha estudiado el fin primordial, por el que tiene razón de existir la Institución de la patria potestad: "el cuidado y formación adecuada del menor". Pero cuando tal objetivo se agota, es decir, se hace innecesaria tal protección, entonces la patria potestad termina, salvando desde luego, aquéllos deberes y derechos que no nacen propiamente de ésta como es el caso del respeto mutuo entre ascendientes y descendientes.

La extinción de la Institución de la patria potestad, supone la terminación total del ejercicio de su función y sólo se presenta en los siguientes casos:

Primero, es indudable que la patria potestad se ejerce mientras que los hijos son menores de edad exclusivamente; es por ello que cuando los menores sujetos a la misma, adquieren la mayor edad, al cumplir los dieciocho años, adquieren también la capacidad de ejercicio, la cual constituye una capacidad plena y con ellos la facultad de disponer libremente tanto de su persona como de sus bienes.

Por otra parte es la forma más lógica y normal que la extingue, esto lo estimamos porque la doctrina señala otras formas que a nosotros nos parecen inoperantes y que han sido superadas como el que se otorga a los hijos cuando ingresan a institutos monásticos con la autorización de sus padres; y en éste caso se trata de la imposibilidad material de continuar con la patria potestad, sin embargo, cuando el hijo abandonara por cualquier causa los hábitos y aún fuera menor de edad renacería la patria potestad, con ello deducimos que la pérdida no es total, en realidad podríamos pensar en una pérdida hasta cierto punto temporal, ya que estaría supeditada a que el menor no deje su profesión monástica.

El segundo caso de terminación total de la patria potestad es la emancipación, figura de carácter civil que tiene su origen y que era considerado como un acto jurídico en el que convergían la voluntad de los padres e hijos para terminar con el ejercicio de la patria potestad, lo cual se debía a que los hijos adquirirían capacidad para manejarse por sí mismo.

Por otro lado, debemos señalar que la "mancipatio" romana no se adquiría por el matrimonio, era el padre quien la otorgaba cuando quisiera o bien, por ejemplo, cuando fuera a caer en la miseria podía emancipar al hijo, otorgando su cesión a cambio de un precio en dinero o como garantía de una obligación; sin duda, guardaban en ciertos casos una condición muy cercana a la de un esclavo.

Actualmente, en el Código Civil se contempla la emancipación legal, la cual opera cuando el menor de dieciocho años contrae nupcias. Sin embargo, el mismo Código Civil señala que los ascendientes pueden o no otorgar su consentimiento para que los menores contraigan matrimonio y determinar que ha falta del consentimiento de éstos, los suplirá el Juez de lo Familiar así como lo señala el artículo 150 del Código Civil.

El artículo 148 del mismo código, establece como requisitos para contraer matrimonio que los menores hayan cumplido, en el caso del varón dieciséis y de la mujer catorce años de edad, aunque debemos apuntar, de que debe tratarse de una causa justificada y se haya obtenido el consentimiento de los ascendientes. El mismo artículo termina diciendo que se podrá conceder dispensas cuando las circunstancias lo ameriten a través del Jefe del Departamento del Distrito Federal, así como los titulares de las delegaciones políticas, sin embargo, no encontraremos fundamentos a estas facultades que se atribuyen a los funcionarios públicos y consideramos que debe ser reformado, ya que, en todo caso, el que debe otorgar dicha dispensa es el Juez de lo Familiar con motivo del análisis de los hechos.

Los menores que se encuentren en este supuesto de contraer nupcias, adquieran responsabilidades propias y que de ningún modo podrán transferir a sus padres, ya que entra a un ámbito jurídico y social diferente adquiriendo la capacidad suficiente para responder por su persona y disponer libremente de sus bienes.

No obstante, en el caso de la libre administración de los bienes del emancipado consortes, el artículo 643 del Código Civil establece dos excepciones en las que es indispensable recibir autorización judicial y son:

1.- Para la enajenación o hipoteca de bienes raíces y,

2.- Para el caso de negocios judiciales, y aún cuando éste precepto establece que se le requerirá de un tutor, sin embargo no es el representante legal que debe tener, sino más bien la asesoría de un abogado como a cualquier persona que tiene la capacidad de ejercicio además de que la figura del tutor se da en otras condiciones respecto al menor de edad, como veremos más adelante.

Por último en cuanto a la emancipación que regula nuestra legislación, reafirmamos que su efecto es "el de extinguir la patria potestad con fundamento en el artículo 641 del Código Civil que establece que:

"El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor no recaerá en la patria potestad".

Además, existen ejecutorias y tesis jurisprudenciales de la Corte que han resuelto con la misma tendencia determinando que:

"La emancipación resultante del matrimonio se produce sin consideración alguna a la legalidad del matrimonio mismo, pues por no aceptar nuestra legislación la nulidad de pleno derecho, todos los actos jurídicos deben reputarse válidos y surten todos sus efectos, mientras no sean nulificados por declaración judicial".(22)

Resulta tedioso mencionar que la muerte del menor, o bien la muerte de los ascendientes que pudieran ejercer la función de la patria potestad, sea una causa de terminación de la Institución de la patria potestad ya que, aún cuando efectivamente lo es, nos parece soporífero, puesto que la muerte acaba con los derechos y obligaciones de las personas, salvando algunas excepciones.

Sin embargo, cuando es resultado de la muerte de los padres y los ascendientes que podrán ejercer la función tienen algún impedimento, entonces surge la figura de la Adopción donde resurge la patria potestad, o bien suprimirse con la institución de la tutela.

Ahora bien los ascendientes pueden, exclusivamente, perder la función de ejercicio de la patria potestad cuando el caso así lo amerita, éstos supuestos se aluden en el artículo 444 del Código Civil que determinan,

---

22.- Tomo I. Civil; Tribunal Colegiado de Distrito. Tesis 1070. Pág. 483.

además la pérdida cuando alguno de los padres es condenado en dos o más ocasiones por delitos graves.(23)

Asimismo, señala el Código, podrá ser condenado en una sentencia, expresamente a su pérdida, incluso cuando los delitos son contra los propios hijos, como lo serían:

- Las costumbres depravadas de los ascendientes
- El maltrato o el abandono a los menores
- Así como de sus deberes lo cual constituye un perjuicio en la salud, seguridad o moralidad de los hijos.

Por otro lado, cuando la pérdida de la patria potestad es consecuencia de una sentencia de divorcio, quien conserva el pleno ejercicio de la misma es el cónyuge que no resulte culpable de la causa que propició el divorcio (artículo 444, Fracción II, del Código Civil), ésto quiere decir que necesariamente uno de los consortes debe haber incurrido en alguna falta o algún delito que de lugar al divorcio.

Como lo explicamos en el párrafo anterior, no es posible que el ascendiente que haya sido irresponsable siga ejerciendo la patria potestad, de lo contrario, sería perjudicial para el menor, sin embargo, cabe señalar que

23.- Al respecto compartimos la clasificación que nos da Herrera y Lasso de los delitos, contemplados por la Constitución, determinando que sean: 1. Delitos gravísimos, los que merezcan pena de muerte; 2. Delitos graves, si el procesado no puede ser beneficiado con la garantía de libertad caucional (artículo 20, Fracción I del Código Penal); 3. Los delitos menos graves si el procesado puede beneficiarse de la garantía de libertad bajo fianza. Sin embargo, para el caso particular que atendemos considerarse a los delitos en general no solo como un grupo determinado de los mismos.

pierde su función sólo en lo que se refiere a derechos pero de ningún modo puede permitirse que omita o evada sus obligaciones las cuales persisten (artículo 285 del Código Civil).

**SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.** La suspensión es una medida protectora del menor y no una sanción al padre o la madre. Al respecto nuestro Código Civil menciona en el artículo 447 lo siguiente:

"La patria potestad se suspende:

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

Para entender mejor el artículo tenemos lo siguiente:

a) Incapacidad; debe ser declarada judicialmente, por lo cual no se pierde la patria potestad, sólo se suspende su ejercicio.

b) Por ausencia declarada en forma, es lógico que deba suspenderse si no se encuentra el que la ejercía para que pueda otro, de los que le corresponde, entrar a su ejercicio; o se le nombre un tutor.

c) Sentencia condenatoria; aquí no se pone límites a que tipo de sentencia, siempre que condene la suspensión de la patria potestad expresamente.

Como podemos observar, la existencia, de las causas de suspensión de la patria potestad pueden en determinado momento, desaparecer, y considerando que es entonces cuando podría recuperarse la patria potestad mediante tramitación por vía judicial, en virtud de la ausencia total de la causa o causas que motivaron dicha suspensión.

Actualmente, la institución de la patria potestad se encuentra específicamente regulada en los artículos 411 al 448 del primer libro del Código Civil, en los cuales se observan tres rubros relativos a sus efectos con respecto a los hijos así como a sus bienes y las formas de terminación y suspensión de la patria potestad.

## **2.7. FUNDAMENTO SOCIAL.**

Es importante destacar que en la actualidad la función de la patria potestad encierra, para quienes se otorga su ejercicio, un deber que de ningún modo atrae beneficios propios a la satisfacción de sus fines particulares, sino que cumple una real función social, la cual estará encaminada a la protección de los menores y de sus bienes, lo que se traduce en una carga impuesta a quien la ejerce.

Asimismo, la función social que tiene encomendada la patria potestad, constituye un prolegómeno de su propia naturaleza jurídica, ya que anteriormente, lejos de ser una función social, refleja ser un derecho natural que, como lo hemos señalado, otorga un poder absoluto al padre sobre sus

hijos, ahora lo consideramos "el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los ascendientes para beneficio y desarrollo óptimo de los hijos".

Más aún, si nos atrevieramos a considerarlo un derecho natural, en nuestros días, daría lugar a la transgresión de las leyes que contienen las obligaciones encomendadas a los padres, puesto que podría ser ejercido con completa libertad sin permitir, incluso, la intervención del Estado para vigilar su buen funcionamiento, o más aún, no permitiría legislar al respecto puesto que los padres decidirían libremente sobre el cuidado y educación de los hijos sin que se les coaccione a través de la ley si incurrieran en algún delito contra los segundos.

Locke estima que la autoridad paterna es el origen de la jefatura del Estado, y determina que lo que sujeta al hijo con sus padres es su "debilidad" e "ignorancia", y es por ello que debe otorgarle protección hasta que tenga capacidad de ejercicio.

Por otro lado, se tiene que la autoridad paternal es más bien un deber, ya que los ascendientes deben atender al desarrollo físico e intelectual del menor y en caso de abandono o atentado contra su integridad, la sociedad está obligada a hacer cesar ese poder que el padre detenta.(24)

Es aquí donde aparece el carácter de interés público que adquiere la patria potestad y sirve para recordar a las partes directamente involucradas (los padres), que existen consideraciones que van más allá de sus propios

---

24.- Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales. Segunda Edición. Editorial Agullas. Volúmen 6. España, 1979. Pág. 329.

intereses particulares, en cuanto al cuidado de los hijos, así como a la administración de sus bienes; con esto queremos decir que la fundamentación social "deriva de la manifestación de la voluntad de la mayoría que es la comunidad".

### CAPITULO TERCERO EL DIVORCIO

El matrimonio civil fué creado con el propósito de ser la forma legal de fundar a la familia, al mismo tiempo y en forma paralela al mismo, la figura jurídica del divorcio surge como la forma legal de extinción del vínculo matrimonial.

Debido a su propia naturaleza, y en sí a los propios fines para los cuales se creó, el divorcio como figura de derecho ha dado lugar a muchas y muy variadas opiniones, tanto a favor como en contra, entre los tratadistas convirtiéndose así en una de las figuras jurídicas más controvertidas en la actualidad.

Las opiniones en contra se fundamentan en argumentos de todo tipo; religiosos; éticos, políticos, psicológicos, etcétera.

Así es como sostienen, por ejemplo, el hecho de que la destrucción del núcleo familiar ocasionado por el divorcio, priva a los hijos de los medios necesarios para su debido desarrollo, tanto físico como mental, ya que necesitan la presencia de ambos cónyuges en todas las etapas de su vida; de

este modo el divorcio queda en pugna con los intereses supremos de la sociedad.

De igual forma, la iglesia católica rechaza el divorcio pues considera al matrimonio como lazo indisoluble en la vida de los consortes.

Otra razón de carácter ético para no aceptar el divorcio, se da cuando se aduce que el divorcio implica una solución continua a los principios morales que debe regir a la constitución del grupo familiar.

Asimismo, se dice que las consecuencias psíquicas que acarrea un divorcio afecta en gran parte a los divorciantes pero aún más a los hijos, creándoles inclusive, en muchos casos, traumas que llevarán durante toda su vida.

Los partidarios del divorcio lo consideran de igual forma como un mal, pero lamentablemente "Un mal necesario". Ya que desde su punto de vista, en la mayoría de las ocasiones es la única salida viable para evitar males de mayor intensidad tales como las bajas pasiones de uno o ambos consortes frente a sus hijos o entre ellos mismos.

Asimismo, señalan que el divorcio en sí no es inmoral como lo conciben los católicos sino que en todo caso lo inmoral es la convivencia entre dos personas que ya no los une lazos afectivos, de tal suerte que al carecer del principal elemento, es decir, el afecto, se pueden propiciar delitos como el adulterio, y así ésta unión se convierte en algo injusto, porque priva a los sujetos de la misma a unirse legalmente con quien realmente se desee.

Con base en las razones descritas consideramos que el ser humano aún no ha alcanzado un grado de moralidad del matrimonio, y por lo tanto para evitar males mayores que repercuten inicialmente sobre los divorciantes y en segundo término sobre los hijos, opinamos que debemos aceptar al divorcio como un mal necesario.

En este sentido, desde el punto de vista humanitario, sobre cuales deben ser los motivos que la ley considera como justificativos de un divorcio, son principalmente en nuestro concepto, el hecho por el cual el estado de matrimonio en sí ha desaparecido y por ende los fines del mismo entre los cónyuges.

Actualmente la familia no sólo en nuestro país sino en todo el mundo presenta ciertos síntomas de desajuste, así como muchas otras instituciones jurídicas, ésto debido a la época que nos toca vivir de grandes y rápidos cambios en la estructura social.

Sin embargo, no debemos culpar a una institución de derecho como lo es el divorcio, de ser la causa principal de los problemas a que se enfrentan los hijos de los divorciados, la Institución no tiene nada que ver pues ésta sólo cumple con el cometido para el cual fué creada; en todo caso los culpables de ésta situación son los cónyuges.

“El elemento psíquico fundamental en todo matrimonio, el amor conyugal que requieren un sentido de responsabilidad y vocación de sacrificio entre los esposos tienden hoy en día a debilitarse y repercute en

muchos matrimonios modernos en la sola satisfacción de la relación sexual, de la comunidad debida y en la convivencia personal"(25).

### 3.1. CONCEPTO.

"El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido en vida de los cónyuges. Divortium viene del verbo divertere : Irse cada quien por su lado. Esta ruptura no puede tener lugar más que mediante la acción de la justicia y por las causas determinadas por la ley".(26).

Nuestro anterior Código de 1884 lo conceptualizaba como la separación temporal o indefinida del marido y la mujer donde permanecía íntegro el vínculo matrimonial y alguna de sus obligaciones; ya que sólo eximía de llevar una vida en común.

Actualmente entendemos según nuestro Código Civil por divorcio la disolución del vínculo matrimonial con la consiguiente ruptura del lazo conyugal, y la cesación de los efectos que produce el matrimonio; dejando a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio, tal y como lo señala el artículo 266 del Código Civil.

---

25.- GALINDO GARFÍAS. op. cit. Pág. 584.

26.- Idem. Pág. 312.

El matrimonio es permanente y el divorcio es una excepción que permite la ley en ciertos casos que se encuentren dentro de los límites que señalan los artículos 267 y 268 del Código Civil.

### **3.2. CLASES DE DIVORCIO.**

Nuestro sistema jurídico nos permite encontrar dos tipos de divorcio :

El voluntario y el necesario; dentro del primer tipo encontramos que dependiendo de la vía puede clasificarse en administrativo o judicial.

#### **3.2.1 Divorcio Voluntario.**

El divorcio voluntario se da cuando ambos cónyuges convienen en divorciarse, la fracción XVII del artículo 267 del Código prevé como causa de divorcio : "El mutuo consentimiento"; causal que facilita enormemente la disolución del matrimonio.

El divorcio voluntario se puede llevar por vía judicial o administrativa.

##### **a) Divorcio Administrativo.**

El divorcio administrativo se realiza ante el juez del Registro Civil, pero es necesario además del mutuo consentimiento, que se reúnan los siguientes requisitos del artículo 272:

- Que no hayan tenido hijos;
- Que ambos cónyuges sean mayores de edad, y
- Que no existan bienes sin liquidar en la sociedad conyugal, ya sea porque la hayan liquidado de común acuerdo o se hubieran casado bajo el régimen de separación de bienes.

Ante el juez del Registro Civil deben comprobar con las copias certificadas, que son casados y mayores de edad y manifestar terminante y explícitamente, su voluntad de divorciarse :

“El juez del Registro Civil previa identificación de los consortes levantará un acta que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los 15 días. Si los consortes hacen la ratificación, el juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la de matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal y entonces aquéllos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia”. (artículo 272 del Código Civil).

El divorcio debe llevarse personalmente por los consortes, no se admite ningún tipo de representación; el juez es aquí un sujeto pasivo,

limitado a actuar en los términos del segundo párrafo del artículo 272 del mismo Código.

b) Divorcio Voluntario Judicial.

Cuando existe el mutuo consentimiento de los consortes pero no reúnen los tres requisitos del divorcio administrativo, el divorcio deberá tramitarse ante el juez familiar, siempre que haya transcurrido un año desde que se celebró el matrimonio; presentando el convenio que exige el artículo 273, y las copias certificadas del acta de matrimonio y las de los hijos menores. (artículo 664 del Código de Procedimientos Civiles).

El convenio que se exige es un verdadero contrato de derecho público, "porque tanto el estado como la sociedad, están interesados en que se otorguen conforme a las leyes que rigen al matrimonio y al divorcio cuenta habida de que existen los intereses de los hijos menores y los derechos de los cónyuges derivados del matrimonio, todo lo cual concierne a la Institución de la Familia".(27)

El divorcio debe contener los puntos que refieren las fracciones I a V del artículo 273 del Código Civil, que son disposiciones que hacen referencia a los hijos, a los cónyuges y a los bienes de la sociedad conyugal, e indican :

---

27.- IBARROLA, Antonio De. Derecho de la familia. Editorial Porrúa, S.A. México, 1981. Pág 312.

" I.- Designación de la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

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

III.- La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

IV.- En los términos del artículo 288 del Código, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo;

V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A este efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad".

En relación a los hijos debe también mencionarse quién de ellos tendrá la custodia.

En este tipo de divorcio el juez toma un papel activo ya que debe procurar la reconciliación de los cónyuges lo mismo que se hace en el divorcio administrativo. Otra parte importante aquí es el Ministerio Público,

que interviene para velar por los intereses de los hijos y para que se cumplan con las disposiciones legales respectivas; además puede oponerse a las cláusulas del convenio por considerarlas nocivas para los hijos o alguno de los cónyuges, y sugerir las modificaciones que juzgue convenientes a dicho convenio, para garantizar los derechos a los hijos.

El trámite se ha de seguir conforme a los artículos 574 del Código de Procedimientos Civiles, 682 del mismo ordenamiento jurídico, y comprende esencialmente dos puntos, para que en ellos se ratifique la voluntad de obtener el divorcio, así el juez, con el parecer que dé el ministerio público podrá dictar sentencia en la que quedará disuelto el vínculo matrimonial y se decidirá sobre el convenio presentado.

### **3.2.2. Divorcio Necesario.**

Cuando no exista el acuerdo de voluntad para llevar a cabo el divorcio, la ley faculta al cónyuge inocente a solicitarlo si surge esta necesidad como consecuencia de alguna de las causas enumeradas en los artículos 267 y 268 del Código Civil, recordemos que ésta enunciación de causas es limitativa ya que existe un interés por parte del estado y la sociedad para conservar el matrimonio, por lo que únicamente pueden disolverse por causa grave contenida en la ley o por el mutuo acuerdo de los cónyuges.

En el divorcio necesario los cónyuges son las partes, aquí no intervienen, como parte, el Ministerio Público, lo que es incomprensible,

porque en este tipo de divorcio es donde más pueden afectarse los intereses de los cónyuges o de los hijos.

La primera Idea en el artículo 278 del Código es:

"El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él..."

Es decir, sólo podrán solicitarlo el cónyuge inocente, a excepción que si éste no lo hiciere y habiéndose separado del hogar cónyugal por la causa suficiente para pedir el divorcio por más de un año el otro podrá solicitarlo, ésta excepción se encuentra contenida en la fracción IX del artículo 267 del Código Civil.

La segunda parte del artículo 278 nos da un límite para iniciar la acción judicial, pues indica:

"y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos en que funde su demanda".

Es importante resaltar que en el divorcio necesario, la Suprema Corte de Justicia ha señalado que las causales invocadas deben ser plenamente probadas y ejercitadas oportunamente, o sea, antes del término que señala el artículo 268.

Una vez iniciado el juicio de divorcio podrá interrumpirse si : Si media perdón, expreso o tácito del cónyuge ofendido; hay reconciliación de

las partes; si el cónyuge que no ha dado causa al divorcio se desiste de la acción y por la muerte de alguno de ellos (Artículos 276, 279, 280, 281 y 290 del Código Civil).

El divorcio debe decretarse por una sentencia dictada por el juez de lo familiar en la que se declare disuelto el vínculo matrimonial y se fije la situación de los hijos.

### **3.3. CAUSALES DE DIVORCIO.**

Rojina Villegas clasifica las causas de divorcio que señala el artículo 267 del Código Civil, en las siguientes especies:

- 1.- Las que implican delitos, fracciones I, IV, V, XI, XIII, XIV Y XVI.
- 2.- Las que constituyen hechos inmorales, Fracciones II, III, IV.
- 3.- Las que son contrarias al estado matrimonial o implican el incumplimiento de las obligaciones cónyugales, fracciones VIII, IX, X, Y XII.
- 4.- Determinadas enfermedades, fracciones VI y VII.
- 5.- Ciertos vicios, fracción XV.

Eduardo Pallares separa los siguientes grupos de causales:

a) Las causas que dan a los tribunales cierta facultad discrecional para decretar o no el divorcio, como son las injurias graves, calumnias, abandono de hogar sin otra causa justificada etcétera.

b) Causas que no dan facultad discrecional al tribunal por su gravedad como pueden ser : El adulterio, el abandono del hogar por más de un año, la falta de pago de alimentos, etc.

c) Las que implican un hecho culpable e incluso la comisión de un delito, la corrupción de la mujer, el abandono del domicilio cónyugal.

Opuestas a estas están las fracciones VI y VII que señalan enfermedades.

d) Este cuarto grupo comprende las causas que implican el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales como el suministrar alimentos al otro cónyuge o a los hijos, y la de vivir en el domicilio cónyugal.

e) Por último, señala Pallares, causas que involucren motivos de honor o porque ponen al cónyuge que ha incurrido en ellas en la imposibilidad de seguir cumpliendo sus obligaciones familiares, fracciones XIV y XV.

La opinión de la Suprema Corte de Justicia dicierno respecto a los grupos a y b de Pallares, al considerar que al demostrar plenamente las

causales y estando justificada la petición de divorcio los jueces deben decretar la disolución del vínculo matrimonial.

Respecto a los grupos c, d, y e, se integran a las enunciadas por Rojina Villegas.

### **3.3.1. Causales de divorcio que prevé el Código Civil vigente.**

Consideramos necesario citar los artículos 267 y 268 del Código para de este modo conocer y determinar las causas de divorcio; y que a la letra dicen:

"Art. 267.- Son causas de divorcio:

I.- El Adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse éste contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo;

III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;

IV.- La incitación o violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal;

V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

VII.- Padecer enajenación mental incurable previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;

VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

IX.- La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia;

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168;

XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

XV.- Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desaveniencia conyugal;

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII.- El mutuo consentimiento;

XVIII.- La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos”.

"Art. 268.- Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o se hubiera desistido de la demanda o de la acción sin la conformidad del demandado, éste tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio, pero no podrá hacerlo sino pasados tres meses de la notificación de la última sentencia o del auto que recayó al desistimiento. Durante éstos tres meses los cónyuges no están obligados a vivir juntos".

"La enumeración que antecede es de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas con otras, ni ampliarse por analogía, ni por mayoría de razón. Es la autonomía de causales".(28)

#### Revisión de las causales de divorcio:

La primera causal, prevista por el artículo 267 del Código Civil respecto al adulterio, éste debe ser debidamente probado, no por ello requiere las exigencias que enuncia la ley penal, (que sea cometido en el domicilio conyugal o con escándalo) ni que exista sentencia penal previa.

Esta fracción encierra una sola causal para la cual la jurisprudencia nos dice que debe adoptarse la prueba indirecta para probar dicha causal pues la directa es casi imposible.

En nuestro Código vigente, ya se equiparan los sexos, tanto el hombre como la mujer pueden cometer adulterio, lo que se confirma en el artículo

28.- PALLARES, Eduardo. El divorcio en México. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984, Pág. 47.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

269 del Código Civil, mismo que a la vez ratifica el término que se tiene para ejercitar la acción al declarar, y señala:

"Cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio".

Dentro de la fracción II no se encuentra algún delito, pero sí, una falta de lealtad de la mujer al ocultar su embarazo al que será su marido en el momento de celebrar el matrimonio. Aquí sí es necesaria una previa declaración judicial de ilegitimidad. Sólo el marido podrá invocar ésta causal, y deberá esperar a tener la sentencia ejecutoria que declare al hijo ilegítimo.

En la fracción III, el Código Civil comprende no sólo el comercio carnal directo del marido frente a la esposa, ya que, el sólo hecho de proponérselo, la sola tentativa de hacerlo, es causal de divorcio; no es necesario que el marido reciba algo a cambio para invocar ésta causal, se necesita que no haya consentimiento expreso o tácito de la mujer. Podríamos equipar ésta causal con el delito de lenocinio que prevé el Código Penal en su artículo 207, fracciones I y II que señala:

"Comete el delito de lenocinio:

I.- Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de éste comercio u obtenga de él un lucro cualquiera.

II.- Al que induzca o solicite a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución”.

No se requiere para invocar ésta causal, el obtener sentencia penal.

Consideramos que en ésta fracción existen dos causales; la primera sería la propuesta de prostitución a la mujer de manera directa y la segunda, por haber recibido dinero.

En la fracción IV, encontramos que la provocación que haga alguno de los cónyuges al otro para que cometa un delito, dará motivo al divorcio, al respecto el Código Penal señala en su artículo 209 que :

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

El Código Civil no requiere que la provocación se haga públicamente, ni que se lleve a cabo, independientemente de que exista la coparticipación penal y ambos resultaren responsables, el cónyuge provocado podrá obtener el divorcio.

Respecto a la fracción V, aquí los actos deben tener como fin el corromper a los hijos. Así también, como el permitir su corrupción por el otro consorte o por terceras personas. Ya sea directamente o indirectamente éstas causales, encierran de fondo un grave problema de depravación de los padres, ya que corromper o permitir que corrompan a sus propios hijos, muestra su total incapacidad para formar y guiar una familia.

En cuanto a las fracciones VI y VII, comprenden enfermedades que son causas de divorcio. Las comprendidas por la fracción VI, deben sobrevenir después de celebrado el matrimonio y ser crónicas o incurables además de contagiosas o hereditarias, comprendiendo aquí la impotencia incurable, por la imposibilidad de cumplir uno de los fines del matrimonio como lo es el débito conyugal, entiéndase aquí como impotencia a la imposibilidad física y no la esterilidad.

La fracción VII, requiere la declaración de interdicción previa, para poder invocarla como causal de divorcio; lo que anteriormente no se requería, y era más factible obtener el divorcio por esta causal, lo que era en bien del cónyuge sano y la familia.

La fracción VIII, habla de separación, lo cual no significa necesariamente, el abandono de todas las obligaciones conyugales, se podrá dar la separación sin que por ello se abandonen las obligaciones que se tengan.

La separación será de la casa conyugal, entendiéndose por ésta el lugar establecido de común acuerdo, en el cual ambos cónyuges disfrutaban de

autoridad propia y consideraciones iguales, tal y como lo señala el artículo 163 de éste Código en su primer párrafo; no hace referencia a la separación del cónyuge, ya que pueden carecer de casa conyugal; además de que se debe carecer de justa causa y prolongarse por más de seis meses.

Dentro de la fracción IX, el cónyuge que se separa lo hace por una causa que por sí sola hubiere sido suficiente para pedir el divorcio, pero al no hacerlo y prolongarse la separación por más de un año da al otro la causal para que sea éste el que lo pida. Recordemos que el artículo 278 del Código Civil, nos da seis meses para demandar el divorcio si existe causa, y aquí el cónyuge que la tiene no la ejercita en ese tiempo, por lo que da acción al otro en los siguientes seis meses de solicitarlo, ya que el primero se mantuvo alejado ese tiempo ya sin justificación.

En los casos de separación, es importante resaltar que con ella se impide uno de los fines naturales del matrimonio, que es la vida en común, por lo que se justifica el divorcio.

La separación no siempre es voluntaria, la fracción X señala como causal la declaración de ausencia, en la que también se rompe con la vida en común y se da motivo al cónyuge presente para demandar el divorcio, Recordemos que para la declaración de ausencia, es necesario que transcurran dos años desde el día en que se nombre representante, o tres años, si el ausente tenía nombrado apoderado general para la administración de sus bienes.

La misma fracción (X), señala como causal, la de presunción de muerte, en los casos de excepción que no requieren la previa declaración de ausencia, son los del segundo párrafo del artículo 705 del Código Civil que indica:

“...Respecto de los individuos que hayan desaparecido al tomar parte en una guerra, encontrándose a bordo de un buque naufrage, o al verificarse una explosión, incendio, terremoto, inundación u otro siniestro semejante bastará que hayan transcurrido dos años, contados desde su desaparición, para que pueda hacerse la declaración de presunción de muerte, sin que en esos casos sea necesario que previamente se declare su ausencia, pero sí se tomarán medidas provisionales autorizadas por el capítulo I de éste título...”

En éstos casos solo se presume, se cree muerto, pero no se tiene una seguridad, por lo que se da causa al divorcio y si llegase a regresar no surja ninguna contrariedad, en el caso de que el cónyuge que lo demandó se hubiera vuelto a casar.

La fracción XI, prevé tres causales, que pueden ser invocadas aisladas o de forma conjunta, deben darse de un cónyuge para el otro, excluyendo cualquier otro familiar:

a) Sevicia, refiere malos tratos, “propriadamente debemos entender la sevicia en función de su finalidad : que haga imposible la vida conyugal; que los malos tratos de palabra o de obra que la constituyen, den como resultado,

que se rompa definitivamente la armonía entre los cónyuges, aunque no sean continuos".(29)

b) Amenazas, entendidas como Rafael Rojina Villegas anota:

"Las amenazas son actos en virtud de los cuales se hacen nacer en un individuo el temor de un inminente mal sobre su persona, sus bienes o sobre la persona o bienes de seres que le son queridos".(30)

O como las define el Código Penal en la fracción I del artículo 282:

"Al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo".

c) Injurias. La Suprema Corte de Justicia ha señalado:

"Divorcio, Concepto de Injuria.- Para los efectos del divorcio, por la causal de injurias, basta su calificación como tales en el aspecto civil, lo cual deberá hacer el juez al dictar sentencia de divorcio. En la inteligencia, que la injuria comprende elementos de contenido variable, no previsto por la ley en forma casuística por lo que pueden constituir injuria: la expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que impliquen vejación, menosprecio, ultraje,

---

29.- IBARRROLA, Antonio De. op. cit. Pág. 317.

30.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción Personas y Familia. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984. Pág. 382.

ofensa y que, atendiendo a la condición social de los cónyuges a las circunstancias en que se profirieron las palabras o se ejecutaron los hechos en que se hacen constituir impliquen tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges que hagan imposible la vida conyugal, por la dañada intención con que se profieren o ejecutan, para humillar y despreciar al ofendido”.

Sobre éstas causales no es necesario que exista sentencia penal previa, aunque las dos primeras puedan en un momento dado tipificar delitos; las tres deben ser motivo de trastorno a la vida conyugal que haga imposible la convivencia; y respecto de las tres, el tribunal civil tendrá amplias facultades para resolver en el caso concreto, valorando si éstas se dieron.

Otra causal señalada en la fracción XII es el incumplimiento de lo previsto en el artículo 164, mismo que marca la obligación económica para el mantenimiento del hogar, la alimentación conyugal y la de los hijos, así como para la educación de éstos. La negativa de cumplir, debe ser por causa injustificada, y no por el hecho de que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de bienes propios.

Aquí mismo, se prevé como causal, el desacato a la sentencia ejecutoriada en los casos de desacuerdo entre los cónyuges sobre el manejo del hogar, la educación de los hijos y la administración de los bienes de éstos, que haya resuelto el juez. El artículo 168 indica un principio de igualdad de los cónyuges, y que en caso de desacuerdo entre ellos resolverá un juez, y la desobediencia a la resolución que dé éste, dará motivo para el divorcio.

Respecto de la acusación calumniosa, fracción XIII, la ley civil requiere para que sea causal de divorcio que sea sobre un delito con pena mayor de dos años. Aquí lo que es lamentable es que entre cónyuges exista la causa de desestimación que llevan a mentir sobre su consorte.

Encontramos dentro de la fracción XIV que los delitos cometidos contra un tercero por uno de los consortes, dan causa al divorcio siempre que: No sea político pero sea infamante, y por el que deba sufrir un pena mayor a dos años de prisión. Esta causal requiere que exista previa sentencia penal que así condene al cónyuge que lo haya cometido; corresponde al juez civil calificar si el delito es infamante entendiendo por éstos los que son motivo de deshonor ya que ni la ley civil ni la penal tienen esta clasificación pudiendo apoyarse en lo que dice el artículo 95 fracción IV de la Constitución que da ése carácter a delitos: El robo, el fraude, la falsificación, el abuso de confianza u otros que lastiman la buena fama en el concepto público.

La siguiente fracción, XV, Encierra seis posibles causas de divorcio, que se podrán invocar cada una por separado, encontrando aquí los vicios que dan motivo al divorcio no por sí solos, sino por las consecuencias que producen : El amenazar causar la ruina de la familia o que sean motivo de continuas desaveniencias.

La fracción XVI venía a llenar un vacío del Código Penal de 1881 en el cual no se sancionaba el robo entre consortes, "Y cuando penalmente no hubiera robo, para los efectos del divorcio, sí ese robo por su cuantía,

tratandose de una persona extraña, fuera sancionado con más de un año de prisión, sí constituía una causa de divorcio, por lo que evidentemente estaba demostrando el propio legislador cuando elaboró esta causal en 1928, que el delito debería apreciarse por el juez civil para los efectos exclusivamente del divorcio por cuanto que no había, conforme al Código Penal, el delito de robo entre cónyuges".(31)

En la actualidad, en el Código Penal no se exceptúa el caso de robo entre consortes, por lo que la fracción XVI ha dejado de tener aplicación.

Dentro de estos comentarios dentro de las causales de divorcio contenidas en los artículos 267 y 268, omitimos comentar la fracción XVII del artículo 267 pues está referida al divorcio voluntario ya comentado anteriormente.

Por último, del artículo 267 aparece la fracción XVIII.- Es importante destacar que ya no se hace mención a la separación del hogar cónyugal como anteriormente señala, sino que hace referencia a la separación de los cónyuges, tampoco requiere que hubiere causa o no para ello; además que no podrá señalarse cónyuge culpable, ya que cualquiera de ellos pueden invocarla. Consideramos que con una separación así, se pretende resolver una situación de hecho, con el inconveniente que podría darse así el divorcio unilateral, que se supone, no debe existir en nuestro sistema.

---

31.- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas, Conyugales. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985. Pág. 506.

Por último, tenemos dentro del artículo 268 del Código Civil otras causales de divorcio, se dan cuando un cónyuge no justifica la causal que hubiere invocado para que se decretara el divorcio o la nulidad del matrimonio, o si se desistiere de la acción sin acuerdo del demandado, éste último podrá solicitar el divorcio, transcurrido un término de tres meses desde la última notificación o auto del juicio.

El cónyuge que primeramente demandó, aún sin éxito, demuestra así su deseo de terminar con el vínculo matrimonial, y rompe toda posibilidad de armonía conyugal, por lo que el otro podrá obtener el divorcio ya que indebidamente se le llevó a un juicio e injustamente se le hicieron cargos.

No siempre se dará, por éstas causales de los artículos 267 y 268 del Código, el divorcio vincular; en los casos de las fracciones VI y VII del artículo 267, se permite que el cónyuge inocente puede solo solicitar la suspensión de ciertas obligaciones, y no así la disolución del vínculo matrimonial, lo que conocemos como divorcio no vincular, que prevé el artículo 277 del Código Civil que señala :

" El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el juez, con conocimiento de causa, podrá decretar ésa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio".

### **3.4. EFECTOS DEL DIVORCIO.**

El divorcio produce diversos efectos, en relación a los cónyuges, a los hijos, a los bienes, etc. Aquí sólo referiremos los relativos a los hijos, a la vez tenemos que comprender que podrán variar en cuanto se trate de divorcio voluntario o necesario, o darse iguales, no importando el tipo de divorcio; a la vez de darse provisionales, mientras se lleva a cabo la tramitación del divorcio, y definitivo, una vez obtenida la resolución que disuelva el vínculo matrimonial.

#### **3.4.1 Efectos del Divorcio Voluntario.**

El artículo 273 del Código Civil, en sus fracciones I y II señala que deben de fijar dentro del convenio :

" I.- Designación de la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

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

Sabemos que en el divorcio voluntario los cónyuges designan a quién de ellos, generalmente, se confiarán los hijos, tanto durante el procedimiento

como para después de ejecutoriado el divorcio y así lo hacen constar que presentan al solicitarlo.

"Generalmente, es en relación con el primer punto del artículo 273, como los cónyuges no llegan a un acuerdo legal para definir la situación de los hijos, porque en realidad pretende uno de ellos excluir al otro de la patria potestad. Es decir, concede el divorcio siempre y cuando se le entregue la custodia de sus hijos menores y además que el otro renuncie de hecho a la patria potestad, ahora bien, como la patria potestad no es renunciable se trata de buscar una manera de burlar a la ley, redactando el convenio del divorcio de tal manera que sin emplear la expresión categórica de que un cónyuge renuncia a la patria potestad sobre sus hijos, de hecho hace esa renuncia porque se obliga a no visitarlos, a no intervenir en su educación, en su representación jurídica, en una palabra : A no volver a tener trato alguno con sus hijos menores. Pues bien, ésta forma como generalmente se redacta la cláusula, cuando hay esa condición indebida, impuesta por un cónyuge al otro, a fin de que el divorcio se tramite de común acuerdo, no debe ser aprobada por el juez. Por desgracia nuestros jueces se dejan guiar por la letra de éstas cláusulas, en donde con todo cuidado no se emplea el término renuncia de la patria potestad, sin darse cuenta de que de hecho hay una verdadera renuncia, si en algún sentido se impide el ejercicio de la patria potestad que no puede perderse jamás en el divorcio voluntario.

La pérdida de la patria potestad es sólo una sanción en el divorcio necesario contra el cónyuge culpable y es en el único caso en que el cónyuge inocente sí la ejerce exclusivamente".(32)

Los cónyuges, desde que tienen la intención de disolver el matrimonio deben resolver la cuestión relativa a la guarda de los hijos, y a la vez definir en que proporción contribuirán a los gastos de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de terminado; los alimentos de los hijos deben ser según las posibilidades de los padres y deberá garantizarse debidamente su cumplimiento conforme lo dispuesto a los artículos 275 y 317 del Código Civil, que indican :

"275.-Mientras que se decreta el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges, de una manera provisional y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes hay obligación de dar alimentos".

"317.- El aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del juez".

Recalquemos que se trata de un divorcio voluntario, donde ambos cónyuges conservan la patria potestad de los menores hijos, y los deberes, derechos y obligaciones relativos a ella, se mantendrán vigentes para ambos, sin embargo, como consecuencia del divorcio los padres vivirán separados, es aquí donde únicamente uno de ellos tendrá la guarda y custodia de los hijos y surge el problema de definir cómo ejercerán los deberes, derechos, y obligaciones relativos a la patria potestad.

### 3.4.2. Efectos del divorcio necesario.

Aquí se da, al presentar la demanda, el efecto provisional, de que el juez debe tomar las providencias necesarias para confiar la custodia de los hijos a uno de los cónyuges si éstos se pusieren de acuerdo o bien, de no hacerlo el juez determinará a cual de ellos concede la custodia durante el procedimiento o a un tercero si así lo juzga conveniente; la fracción VI del artículo 282 del Código Civil, marca como medida provisional y sólo mientras dure el juicio, el que debe "poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos en defecto de ése acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos.

El juez, previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente". A lo que el último párrafo su b raya:

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

En lo que toca a los alimentos de los hijos, es aplicable lo señalado en los efectos del divorcio voluntario, puesto que la fracción III del artículo 282 del Código Civil, enuncia:

"Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos".

Los efectos definitivos del divorcio tienen una gran importancia, puesto que definen una situación más permanente para los hijos una vez ejecutoriada la sentencia, y éstos efectos van relacionados a: la legitimidad o ilegitimidad, a los alimentos y a la patria potestad.

a) Legitimidad e ilegitimidad. Sobre éstas, de los hijos, habrá que ver los que nazcan:

1.- Dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial,

2.- Después de los trescientos días de la separación judicial, pero antes de los trescientos de la sentencia de divorcio, y

3.- Después de los trescientos días a que causa ejecutoria la sentencia de divorcio.

En el primer caso existe la presunción de legitimidad y el marido sólo podrá impugnarla si demuestra la imposibilidad física de haber tenido relaciones sexuales con su esposa en los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento. (artículos 324 fracción II y 325 del Código Civil).

En el segundo caso, importa que el hijo nazca dentro de los trescientos días de pronunciada la sentencia aunque aquí ya no exista la presunción legal de la segunda fracción del artículo 324, la ley faculta para que la madre, el hijo o el tutor reclamen la paternidad, deben tanto ellos como el supuesto padre, acreditar ante el juez sus pretensiones, que éste deberá

valorar para poder decidir. Al respecto podemos mencionar lo que señala el artículo 327:

“El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días, contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden sostener en tales casos que el marido es el padre”.

Dentro del tercer caso ya no cabe la presunción de legitimidad, y la ley faculta a cualquier interesado que la filiación le perjudique a impugnarla, dentro del artículo 329 que señala:

“Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación”.

b) Alimentos. No sólo el cónyuge culpable debe darlos, ambos padres están obligados a contribuir “en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad”. (final del artículo 287 del Código Civil).

Hay que recalcar que no debe limitarse a la mayor edad de los hijos, que debemos aplicar lo que prevé el Código Civil dentro del capítulo de alimentos, ya que mientras los hijos tengan la necesidad deben recibirlos.

c) La Patria Potestad. Se podrá privar al cónyuge culpable, de la patria potestad de los hijos y concederla al inocente, sin que por ello, el padre o la madre que la pierda quede exento de las obligaciones que ésta engendra (artículo 285 del Código Civil), cabe transcribir el artículo 283 del mismo Código:

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quienes legalmente tengan derecho a ella, o en su caso, de designar tutor".

Observaremos ahora la redacción anterior del mismo artículo donde se precisaba más claramente las reglas a seguir:

"Artículo 283. (redacción anterior).- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a las reglas siguientes:

I.- Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere se nombrará tutor.

II.- Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recobrará la patria potestad. Si los dos cónyuges fuesen culpables, se suspenderá el ejercicio de la patria potestad, hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no hay quien la ejerza, se designará tutor.

III.- En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267 los hijos quedarán en el poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y los bienes de los hijos."

Sabemos que no todos los jueces aplican de igual forma, su criterio varía al gozar de las amplias facultades que concede ahora el artículo 283 vigente, por lo que para algunos resulta más seguro el anterior.

Por último cabe mencionar el artículo 284 del mismo Código que a la letra dice:

"Antes de que se prevea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

El juez podrá modificar ésta decisión atento a lo dispuesto en los artículos 422, 423 y 444 fracción III".

Aún en el caso de que ninguno pierda la patria potestad uno de ellos deberá tener la custodia de los hijos, por lo que el otro, aunque no haya perdido la patria potestad sí perderá ciertos derechos o no podrá cumplir con determinados deberes y obligaciones, por la imposibilidad que le creará el no vivir juntos.

## **CAPITULO CUARTO**

### **LA CUSTODIA**

#### **4.1 ANTECEDENTES DE LA CUSTODIA.**

El presente capítulo surge en virtud de que para estudiar la figura de la custodia, es necesario tomar en cuenta lo que se ha entendido como patria potestad a través de la historia y en las diferentes culturas; esto se hace indispensable porque la patria potestad comprende dentro de ella, como uno de los derechos, deberes y obligaciones que engendra, a la custodia.

Para el objeto de este estudio, haremos un análisis sobre el papel que ha jugado la mujer en el ejercicio de la patria potestad, así como los cambios tendientes a reconocer los derechos maternos.

a) En el Derecho hebreo. En un principio se sacrificó la personalidad de la madre en aras de la autoridad paterna, y al evolucionar favoreció a la mujer ya que fueron quitando las facultades que eran absolutas del jefe de la familia.

b) Derecho Romano. Fué en Roma donde realmente se aplicó el término "patria potestad", ya que el padre tenía, en un principio y con exclusión de la madre, un verdadero poder sobre sus hijos, el pater familias podía mutilar, arrojar de su casa, vender o matar a sus hijos, ésta potestad sobre el hijo, fuera cual fuera su edad, sólo terminaba con la muerte del pater familias o con la "capitis deminutio", que privaba al pater familias de su calidad como tal; más adelante era vigilado por un censor y poco a poco se fueron imponiendo al pater familias, restricciones en su autoridad.

"Las Doce Tablas hacían libre al hijo objeto de tres mancipaciones sucesivas. La ley Julia De Adulteriis, quitó al marido el derecho de vida y muerte sobre la mujer. Se privó al padre del derecho de entregar como prenda a los hijos. La jurisdicción doméstica quedó reducida a un derecho de corrección. Se prohibió la venta de los hijos, salvo en los casos de extrema necesidad"(33).

En un principio la legislación romana no daba ninguna participación a la mujer en el ejercicio de la patria potestad; en el matrimonio cum manus, la mujer era considerada como hija del marido y hermana de sus hijos; en el matrimonio sine manus, la madre y los hijos pertenecen a diferentes familias, pues la mujer permanece en la suya y los hijos pertenecen a la familia del padre.

En estos dos tipos de matrimonio la mujer se encontraba totalmente privada del ejercicio de la patria potestad, sin embargo, con la influencia del

---

33.- IBARROLA, Antonio de. op. cit. Pág. 416.

cristianismo y la evolución de la legislación romana, la situación jurídica de la madre fué cambiando y empieza a tomar una cierta parte en el ejercicio de la patria potestad, pues en el Imperio se reconocen ciertos derechos para la mujer: así, la madre puede reclamar alimentos al hijo, hacerse atribuir la guarda de los hijos impúberes puestos bajo la tutela de un tercero o aún en caso de divorcio, bajo el poder del marido; hay también una tendencia a querer reconocer derecho a otorgar su consentimiento para el matrimonio de los hijos junto con el padre.

c) Derecho Germánico. En un principio coincide con el poder del marido sobre la mujer, como los romanos:

“La patria potestad de la madre aparece en el Derecho Germánico en la doble dirección de atribución de aquella en defecto del padre y de coparticipación en aquella con el padre”(34).

En el primer caso, este derecho estableció que a la muerte del padre, los hijos pasen a la potestad de la madre; en el segundo, por costumbres en el territorio de derecho germánico hacen recaer el poder paternal sobre el padre y la madre.

d) Cristianismo viene a cambiar la manera de pensar de esa época, da un carisma de bondad a las legislaciones existentes, viene a crear un clima más igualitario entre el hombre y la mujer.

---

34.- CASTAN VAZQUEZ, José María. La patria potestad. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, España. Pág 78.

Dentro del cristianismo se presupone la participación de la madre en la patria potestad, sin otorgar explícitamente un derecho igual al del padre, en diferentes documentos así se deja ver, como en la epístola de los Efesios: "hijos, vosotros obedeced a vuestros padres...Honra a tu padre y a tu madre,..."; o en los diversos documentos pontificios que suponen que los derechos y deberes de la patria potestad atañen a ambos padres, claro que se subraya que deben armonizar los derechos de ambos y coordinarse los de la madre como sujeción al marido.

e) Derecho Francés. Por influencias germánicas y del cristianismo, se reconoció la participación de la madre en la patria potestad, en determinadas regiones francesas, que chocaban con la influencia desfavorable del Derecho Romano.

El proyecto del Código francés reconocía la participación de la madre en la patria potestad al definir que es:

"Un Derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, que da al padre y a la madre, durante un tiempo ilimitado y bajo ciertas condiciones, la vigilancia de la persona, la administración y el goce de los bienes de sus hijos"(35).

La doctrina francesa admite la coparticipación de la madre en el ejercicio de la patria potestad y así lo proyecta en su legislación.

---

35.- Idem. Pág. 83

f) Interesante resulta la postura del Código Suizo de 1907, que reconoce claramente que la patria potestad corresponde a ambos y señala en el artículo 274 lo siguiente:

"El padre y la madre ejercen conjuntamente la patria potestad durante el matrimonio. A falta de acuerdo, la decisión corresponde al padre. En caso de muerte de uno de los cónyuges, la patria potestad corresponde al supérstite, y en caso de divorcio a aquél al cual le son entregados los hijos".

En los siguientes artículos al marcar los derechos, deberes y obligaciones de los padres y los hijos, se mencionan siempre juntos al padre y a la madre; ambos educan al hijo y escogen su nombre (artículo 275), dirigen su instrucción (artículo 276), disponen su educación religiosa (artículo 277), y le corrigen (artículo 278).

g) Cabe mencionar la situación de Argentina, sobre la patria potestad y la custodia, ya que corresponde a la mujer en forma subsidiaria : El artículo 264 del Código Civil Argentino señala lo siguiente:

"El ejercicio de la patria potestad de los hijos legítimos corresponde al padre, y en caso de muerte de éste o de haber incurrido en la pérdida de la patria potestad o del derecho de ejercitarla corresponde a la madre. El ejercicio de la patria potestad del hijo natural corresponde a la madre o al que reconozca al hijo o a aquél que ha sido declarado su padre o madre".

h) En México, nuestros Códigos de 1870 y de 1884 señalaban que la patria potestad se ejercía por el padre y después por la madre; establecían el

orden que debían seguir para los casos de muerte, interdicción, ausencia del llamado preferentemente, ejercería la patria potestad el que siguiera en el orden establecido en los artículos del Código Civil; primero por el padre, después la madre, seguía el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela paterna y la abuela materna.

Fué la Ley de Relaciones Familiares donde se prevé que la patria potestad se ejerza por ambos padres conjuntamente, en primer término; o por los abuelos paternos o en último caso por ambos abuelos maternos.

De igual forma se previó en el Código Civil de 1928, pero esto ha sido modificado y el orden de los ascendientes lo establecerá el juez de lo familiar tomando en cuenta las circunstancias del caso (Artículo 418 del Código Civil).

El Código de 1884 enumeraba la forma de ejercer la patria potestad, siendo una regla de rigurosa observancia, señalando: "Esta se ejerce:

- 1.- Por el padre;
- 2.- Por la madre;
- 3.- Por el abuelo paterno;
- 4.- Por el abuelo materno;
- 5.- Por la abuela paterna; y
- 6.- Por la abuela materna".(36)

---

36.- MATEOS ALARCON, Matuef. op. cit. Pág. 274.

## 4.2 CONCEPTO DE CUSTODIA.

Etimológicamente la palabra Custodia proviene del latín custos, custodia, voz derivada de curtos, forma agente del verbo curare, cuidar, es la guarda con cuidado y vigilancia de alguna cosa.(37)

La misma enciclopedia señala que en el Derecho Romano se trataba de la custodia en las obligaciones derivadas de ciertos contratos como el depósito y comodato, en los que se establecía que el deudor a cuyo cargo estaba la conservación de la cosa objeto de la obligación, debía poner en ella diligencia exacta o exactísima y custodia.(38)

En síntesis, en este Derecho se entendía por custodia "una clase especial de diligencia que consistía en el cuidado necesario para conservar la cosa ajena y en vigilarla para que no se perdiese, fuese robada, hurtada o usucapida por terceros".(39)

Si bien es cierto que la palabra custodia tiene en sus orígenes una aplicación distinta, también es cierto que existen puntos de contacto que nos permitirán establecer su práctica efectiva en el Derecho de Familia.

La diferencia esencial, es que en la presente tesis la custodia connota una relación que se genera exclusivamente entre personas y no las de una persona con una cosa.

---

37.- Enciclopedia jurídica Orbea. Tomo V. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina. Pág 380.

38.- IBIDEM.

39.- Idem. Pág. 381.

Por otro lado es conveniente esclarecer el alcance del término custodia y su relación con otros términos como son guarda y cuidado.

Los términos custodia y guarda son empleados como sinónimos aquí; al respecto de ellos la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha referido:

"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 insustituible para protegerlo, cultivarlo física y espiritualmente y procurar en la satisfacción de todas sus necesidades..." (Amparo directo 4029/1967. Juan Cantú Villanueva. Febrero 3 de 1969. mayoría 4 votos.)

Como observamos fácilmente, nuestro Código refiere los términos guarda, custodia y cuidado con entera relación entre ellos.

"Ahora bien, cuidado se entiende como la solicitud y atención para hacer bien alguna cosa; dependencia o negocio que está a cargo de uno; esta obligado a responder de ella.

Custodia es la acción de custodiar que significa guardar y vigilar. Al usarse conjuntamente los dos términos, se pretende señalar lo profundo de esta relación jurídica, que no se limita sólo a la guarda y vigilancia del

menor, sino que se acentúa con el cuidado, es decir, la solicitud y atención para que la custodia sea bien hecha.”(40)

Como se puede ver, la guarda y custodia del menor implica principalmente el cuidado que sobre él debe tener quien la tenga, ya sea uno o ambos progenitores o abuelos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que:

“Si a la madre se le confiere el cuidado y guarda de su menor hija, debe ejercitar todos los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.” (Vemos que quien tiene la custodia, tiene el ejercicio de la patria potestad), ahí mismo especifica que la custodia “comprende la obligación de educarla convenientemente, de corregirla y castigarla mesuradamente con una libertad que no tiene más límite que el notorio perjuicio físico o moral de dicha menor”. (amparo directo 3818/1968. Martha Contreras. Febrero 14 de 1969).

Para poder llegar a una conclusión propia sobre lo que significa el concepto de custodia, citaremos algunos conceptos que se han elaborado sobre la guarda o custodia:

El doctor Alf Lasser define a la guarda como “el derecho que asiste al padre para conservar el hijo a su lado, en su propio hogar y dirigir su educación”.

---

40.- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. op. cit. Pág. 257.

Conrado Manfredy la conceptúa como "el deber y el derecho de guardar a los hijos que juntamente con el de vigilarlo forman lo que se ha llamado derecho de guarda o custodia".

Por su parte el maestro Abouhamad Hobaica define a la custodia en los siguientes términos:

"Lato Sensus se entiende por guarda, etimológicamente, el cuidado, la conservación de la cosa. Traslada esta acepción al Derecho de familia adquiere un sentido jurídico que es el cuidado, dirección y vigilancia de los menores en el lugar escogido por los padres, en interés del hijo y en interés público".(41)

Con estas acepciones así como las demás consideraciones que hemos tratado en este punto nos es posible entender por custodia lo siguiente:

**"CUSTODIA.- LA CUSTODIA ENTRAÑA LA POSESION FISICA DEL MENOR, EN LA CUAL SE DA LA CONVIVENCIA NECESARIA PARA LA SATISFACCION DE LAS OBLIGACIONES DE CUIDADO, ATENCION, PROTECCION, VIGILANCIA, EDUCACION Y DEMAS INHERENTES AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y QUE CORRESPONDE A AMBOS PADRES Y SOLO POR EXCEPCION LA TENDRA UNICAMENTE UNO DE ELLOS."**

---

41.- ABOUHAMAD HOBAICA, Chibly. El Juicio sobre el Derecho de Guarda. Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal". Año XXIII. Abril- Junio, 1960. No. 112. Pág. 20.

Conviene terminar el presente punto, debido a la enorme dependencia de la custodia con la patria potestad; con lo que nuestros tribunales han dicho en relación al ejercicio de la patria potestad por ambos padres:

"La patria potestad legalmente se ejerce sobre los hijos, en los casos y circunstancias que expresamente señala la ley. Su finalidad es la de proteger los intereses de los hijos; es por eso que, precisamente, el legislador ha querido que la patria potestad, como regla general, se ejerza por los dos padres conjuntamente, y solamente como excepción, deje de ejercerla uno de ellos". (Amparo directo 2627/71. José Chavéz Contreras. 15 de marzo de 1973).

#### **4.3. LA CUSTODIA Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.**

Ya hemos visto la enorme relación de éstos términos en nuestros tribunales, ahora observemos los artículos del Código Civil que hacen referencia a ellos; veremos que entrañan una gran dependencia, la custodia y el ejercicio de la patria potestad; como ejemplo señalamos los siguientes párrafos de distintos artículos del Código Civil:

Artículo 259...el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y custodia de los hijos...

Artículo 273 fracción I...Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio...

Artículo 282. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos...(fc. VI)

...Los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

Artículo 283. "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o designar tutor".

Artículo 380. Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia;...

Artículo 381. En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido;...

Artículo 413. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten,...

Artículo 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.

Artículo 416. En los casos previstos en los artículos 380 y 381, cuando por cualquier circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro.

Artículo 417. Cuando los padres del hijo nacido fuera del matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre este punto, el progenitor que designe el juez, teniendo en cuenta siempre los intereses del hijo.

Artículo 423. ...los que ejercen la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

Como hemos observado en estos ejemplos, al referirnos a la custodia o al ejercicio de la patria potestad, debemos entenderlos como conceptos íntimamente relacionados entre sí, ya que el que tenga la custodia es el que ejerce la patria potestad sobre los hijos y los bienes de éstos.

#### 4.4 NATURALEZA DE LA CUSTODIA.

La custodia es uno de los deberes, derechos y obligaciones que integran la patria potestad, y como tal se fundamenta primeramente en la naturaleza humana, que exige que los hijos estén con sus padres, a la vez que es una función de interés público, que desempeñan los padres o los abuelos, en beneficio del menor, la cual realizan a través de la convivencia física que implica el ejercer la custodia.

##### a) COMO UN DERECHO:

En la actualidad todas las teorías escapan al principio de la potestad paterna despótica y exclusiva, considerada como un derecho absoluto. En esta época la patria potestad y la custodia, como su elemento primordial y constitutivo, son instituciones creadas en beneficio y protección de los hijos.

Ello, citado por Abouhamad, "Cada uno es libre de ejercitar o no sus derechos, el ejercicio del derecho es facultativo no obligatorio, salvo que se traten de derechos que son deberes al mismo tiempo, como los derechos de autoridad marital, patria potestad, tutela"(42)

"En el caso del derecho subjetivo la acción u omisión de la conducta no pueden ser obligatorias; cuando la acción u omisión se convierte en el contenido de un deber, el derecho subjetivo, como posibilidad jurídica de hacer u omitir, desaparece. El derecho subjetivo se agota en su ejercicio.(43)

---

42.- Idem. Pág.21.

43.- Diccionario Jurídico Mexicano. Editado por la UNAM. México, 1983. Pág. 176.

Otro argumento que sirve de base para que no se considere a la custodia como un derecho, consiste en que "es característica esencial de los derechos subjetivos derivados de las normas del derecho de familia, la de que impliquen deberes correlativos, o bien constituyan a la vez derechos y deberes, lo que ha hecho que se les califique de derechos-deberes, derechos-función o poderes-funciones"(44)

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que la custodia no puede ser entendida como un derecho, pues la misma no se agota en un sólo acto y mucho menos existe la libertad de ejercerla o no, además de que no incluye exclusivamente derechos, sino principalmente deberes.

A mayor abundamiento, en el caso de que la custodia la ejerzan los abuelos paternos o maternos, los hermanos de los progenitores, u otra persona (amigos, padrinos), debemos considerar que "los ascendientes de segundo y ulterior grados ya no ejercen derechos subjetivos sobre la persona, conducta, bienes y actividad jurídica de los descendientes menores de edad, pues si viven los padres, aunque separados, los abuelos y demás ascendientes sólo podrán tener la facultad de exigir alimentos o de heredar en la sucesión legítima, en los casos y términos que determine la ley"(45)

#### b) COMO UNA FUNCION:

---

44.- BELLUSCIO, Augusto Cesar. Manual de Derecho de familia. Ediciones De Palma. Tercera Edición. Tomo I. Buenos Aires, Argentina, 1983. Pág. 281.

45.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Tomo II. Pág. 73.

Para comprender y sostener la naturaleza jurídica de la custodia como una función debemos referirnos tanto al acto de su constitución, como a la custodia como un estado de vida y de servicio.

Alguien podría sostener que la custodia tiene en su origen un acuerdo de voluntades, es decir, un convenio, sin embargo no es posible aplicar las reglas y principios de los convenios a relaciones más delicadas que tocan lo sensible de las personas, lo espiritual, lo moral y religioso. La autonomía de voluntad de las partes, como principio de los contratos, no puede ni debe prevalecer al ejercerse la custodia de un menor, es decir, no se pueden pactar términos, condiciones o modalidades que limiten o varíen la función de custodiar a un infante.

Por otro lado, no puede desaparecer por acuerdo entre las partes.

En tal sentido entendemos que la custodia tiene como origen un acto mixto, en el que intervienen:

1.- La voluntad de los cónyuges que se divorcian, de las personas en los casos en que su matrimonio ha sido declarado nulo, de los concubinos o de la persona, que con un interés jurídico familiar, solicita la custodia de un menor.

2.- Cuando no sea uno de los progenitores el que vaya a custodiar a los hijos, se requiere la voluntad de la persona a quien ha sido confiado el menor o incapacitado, o del que la ha solicitado.

### 3.- La voluntad del Juez, que tiene efectos declarativos.

Ahora bien hasta el momento se ha utilizado el término función, sin especificar su significado, lo que hacemos a continuación : "El vocablo función comprende "in abstracto" cualquier actividad de un órgano, de una institución o de un individuo con carácter de funcionario.(46) Este término se utiliza más en el ámbito del Derecho Público "difiere del servicio en sí que prestan los trabajadores, que responde a los conceptos de actividad pública, servicio administrativo o servicio público. Esta separación conceptual, no desvincula a la función con su objetivo que es la idea de "servicio".(47)

El maestro Antonio Cicu al establecer la relación que se da entre el Derecho Público y el Derecho de Familia, indica que "en la familia, en cambio la individualización de los llamados a las funciones excluye, ya a priori, la idea de la libertad y de igualdad".(48) Y establece que en esas relaciones "son llamados a la realización de una función, subordinados a un fin superior... y en este caso la relación gravita sobre la afirmación de un deber"(49)

"Así como hoy sería erróneo concebir una relación individual entre soberano, o cualquier otro funcionario público, y súbdito, igualmente erróneo es considerar que en la patria potestad y la tutela exista una relación de subordinación de individuo a individuo", para lo cual afirma "el investido

46.- Enciclopedia Jurídica Omeba. op. cit. Pág. 1054.

47.- Diccionario Jurídico Mexicano. op. cit. Pág. 258.

48.- CICU, Antonio. El derecho de Familia. Traducción de Santiago, Sentis Melendo. Buenos Aires, Argentina. Pág 127. Editores Sucesores de Compañía Argentina de Editores S.R.L. 1947.

49.- IBIDEM.

del poder no es más que un llamado al ejercicio de una función, que está es la posición del padre y del tutor en la familia”(50)

Esta moderna concepción de la patria potestad, considerada como una función, implica que la naturaleza de la custodia, sea en origen igualmente una función y que como estado de vida implique constantemente una finalidad de servicio.

En tal virtud y siguiendo los criterios de los juristas Rojina Villegas, Chávez Asencio, entre otros, consideramos que la custodia es una función social, por que quien tiene a su lado a un menor conviviendo día a día, realizando una función educadora, está formando a quien en lo futuro será un ciudadano honesto y responsable; de ahí que su ejercicio sea de interés público.

#### **4.5. CARACTERISTICAS DE LA CUSTODIA.**

En el presente punto es importante recordar las características que de la patria potestad mencionamos en el segundo capítulo de este estudio ya que en los siguientes incisos (del a al f) nos referiremos a las características de la custodia en relación a las de la patria potestad:

- a) Al igual que la patria potestad, la custodia tiene un carácter personal.

---

50.- Idem. Pág. 118.

- b) Igualmente puede ser ejercida por menores de edad.
- c) La custodia es obligatoria, pero por separación o convenio puede uno de los padres cederla en favor del otro, judicial o extrajudicialmente.
- d) De igual forma es de interés público.
- e) También la custodia es temporal, al coexistir con la patria potestad.
- f) Es intransmisible a sujetos ajenos a la patria potestad.

g) Es recuperable, es decir, que el padre o la madre que se vean privados de ella pueden recuperarla; en nuestro derecho no hay disposición expresa al respecto, pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce la acción para recuperar la custodia:

"Para recuperar la guarda y custodia de un hijo menor, que es una de las prerrogativas que tiene el padre que ejerce la patria potestad se requiere de los siguientes elementos:

1.- La calidad con que se demanda, como ser el padre, o en su caso, la madre, y por lo tanto, en ejercicio de la patria potestad del menor;

2.- La violación de ese derecho deducido, o sea, la privación de la guarda y custodia del menor, y;

3.- El hecho de que se haya traducido en la desposesión del menor hijo, frente a otra y otras personas con menos derecho para ello". (Amparo directo 6320/75. Miguel Orea Gámez. 4 de marzo de 1977 ).

h) Carácter obligatorio de la custodia, ya que el abandono del menor puede llegar a tipificar un delito:

"La guarda del hijo no sólo constituye un derecho para los padres, sino también una obligación de la que no pueden, en principio, liberarse. La guarda del hijo no podría ser cedida. El padre conserva su derecho y su obligación cuando confía el hijo a un tercero encargado de criarlo o cuando lo coloca en un establecimiento educativo."(51)

i) Desmembrable; sin duda desde un principio y lo ideal es que la custodia la ejerzan ambos progenitores, ya que como señalamos anteriormente, son ellos y los hijos, los sujetos de la relación jurídica paterno-filial, y sólo en casos de excepción, en el que uno de los padres se vea imposibilitado, (por enfermedad, ausencia, muerte, separación o divorcio) será el otro el que conserve la custodia y el ejercicio de la patria potestad. Al respecto, el autor Manuel Chávez Ascencio nos señala:

"La patria potestad es una función permanente y que no admite interrupciones; de tal forma que cuando alguno de los cónyuges o alguno de los progenitores tuviere una simple imposibilidad de hecho, el otro deberá ejercerla. El que cuida o custodia al hijo, necesariamente, desde el punto de

---

51.- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Planiol. Tomo III de las personas. Volumen II. Ediciones La Ley. Buenos Aires, Argentina. Pág. 314.

vista jurídico, será quien ejerza la patria potestad con exclusión del otro, sin que signifique que a éste se le libera de las obligaciones, las que conserva en beneficio del menor, pues la patria potestad es de interés público y tiene un sentido de protección y cuidado del menor; se establece en beneficio de él".(52)

#### **4.6. NACIMIENTO Y SUJETOS DE LA CUSTODIA.**

##### **4.6.1 Nacimiento.**

Primeramente es necesario recordar que la guarda y custodia es uno de los deberes, derechos y obligaciones que comprenden la patria potestad y por tanto su existencia está supeditada a la de la patria potestad, la que surge del hecho natural del nacimiento y por la relación jurídica paterno filial por lo que el surgimiento de la custodia se dará en ese mismo instante.

Ahora bien, el surgimiento de la custodia al que nos referimos en este trabajo, es cuando se hace un desmembramiento de la custodia para que la tenga uno de los progenitores, excluyendo al otro, con motivo de la separación de éstos y que puede presentarse en los siguientes casos:

---

52.- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. op. cit. Pág. 257.

#### 4.6.1.1 Hijos habidos de matrimonio.

Cuando la separación de los padres se da estando unidos por matrimonio, jurídicamente el problema de definir la custodia surgirá en tres casos:

- a) Al presentarse la demanda de nulidad o divorcio;
- b) Al dictarse sentencia de divorcio, y
- c) Al dictarse sentencia de nulidad.

Al presentarse demanda de nulidad de matrimonio o de divorcio, "La interposición por alguno de los cónyuges de demanda encaminada a obtener la separación o nulidad del matrimonio da origen a una situación anormal en la que el cuidado y protección de los hijos no puede ya ser ejercido normalmente por ambos esposos en el hogar común." "plantéase el problema de determinar cuál de ambos padres ejercerá dicha función durante el procedimiento y hasta que la sentencia resuelva con carácter definitivo sobre este punto."(53)

Antes de aplicar las reglas previstas en nuestro Código Civil para definir la custodia provisional o definitiva de los hijos se estará a lo acordado por los padres; si faltase ese acuerdo, al admitirse la demanda de divorcio (art. 282) o de nulidad (art. 258 que remite al 282) el juez dictará las medidas provisionales, mientras dure el juicio, previstas en el artículo 282 y en especial al caso de la fracción VI que señala: "Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los

53.- CASTAN VAZQUEZ, José María. op. cit. Pág 117.

cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente. Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.”

En el caso del divorcio por mutuo consentimiento, serán los cónyuges los que designen a la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio en el convenio que presentarán al juzgado junto a la demanda de divorcio.

b) Al dictarse sentencia de divorcio; “Concluido, con la sentencia, el procedimiento seguido para la separación de los esposos y decidida ésta, concluye también la situación interina ya expuesta y procede la definitiva atribución del ejercicio de la patria potestad (y con él la atribución de la custodia) a uno solo de los padres.”(54)

Ya señalamos, que para el divorcio voluntario, son los cónyuges los que definen, en el convenio presentado junto a la demanda del divorcio, la situación de los hijos: Art. 273 fracción I. “Designación de la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;”

---

54.- Idem. Pág. 118.

Y, el artículo 283 al respecto determina : "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello , en su caso, o de designar tutor."

c) Al dictarse sentencia de nulidad; "Al declararse nulo el matrimonio de los padres, preciso es confiar los hijos a alguno de los cónyuges."(55) Nuestro Código Civil prevé para el caso de nulidad en el artículo 259 que: "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."

#### **4.6.1.2 Hijos habidos fuera de matrimonio.**

La custodia de los hijos nacidos fuera del matrimonio, surge de una manera diferente, ya que por lo general los padres no viven juntos; en estos casos no siempre podemos hablar de coparticipación de los padres en el ejercicio de la patria potestad, ésta ha de ser atribuida sólo al padre o sólo a la madre, determinándose la atribución en relación al reconocimiento hecho por ellos, por lo que se nos presentan aquí tres distintas situaciones:

a) Cuando sólo ha sido reconocido por uno de los progenitores;

---

55.- Idem. Pág. 121.

b) Cuando es reconocido por ambos conjuntamente, y

c) Cuando es reconocido por ambos sucesivamente.

a) Cuando sólo ha sido reconocido por uno de los progenitores; este caso es sencillo de determinar quien tiene la custodia y ejerce la patria potestad, pues es el progenitor que efectuó el reconocimiento el que conserva consigo al hijo, en estos casos es generalmente la madre la que lo realiza.

El artículo 154 del Código Civil español señala que:

“Corresponde la patria potestad sobre los hijos naturales al padre o a la madre que los reconoce”. Si es el padre el único en reconocer al hijo, él ejercerá la patria potestad sobre éste, si es la madre quien reconoce, a ella corresponderá esta función.

b) Cuando es reconocido por ambos conjuntamente; hay que definir aquí dos situaciones:

1.- Si los progenitores viven juntos, y

2.- Si viven separados.

1.- Para el caso de que vivan juntos nuestro código señala claramente en el primer párrafo del artículo 415: “Cuando los dos progenitores han

reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.”; con lo cual vemos que en estos casos no se presenta ningún problema. En caso de separación de los padres, en este caso el propio código en el artículo 417 resuelve que : “cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre este punto, el progenitor que designe el juez, teniendo en cuenta siempre los intereses del hijo.” Recordemos que para todos los casos se está primero al acuerdo de los padres antes de la intervención judicial.

2.- Si viven separados el segundo párrafo del artículo 415 nos remite en este caso al artículo 380 que prevé: “Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieran, el juez de lo familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.”

c) Cuando es reconocido por ambos sucesivamente; el primer párrafo del artículo 415 nos dice que cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad, no distingue si el reconocimiento lo hacen juntos o sucesivamente por lo que también es aplicable aquí, asimismo; el artículo 415 del Código Civil en su segundo párrafo, nos remite; si viven separados; en éste caso el artículo 381 del mismo código que señala :

“En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos ejercerá la custodia el que primero hubiere

reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público”.

Por otro lado, el artículo 417 del Código Civil nos define quien conservará la custodia de los hijos nacidos fuera de matrimonio si los padres que vivían juntos se separan, es también aplicable a este caso de reconocimiento sucesivo.

#### **4.6.2. Intervención judicial.**

Si observamos la redacción de los artículos de nuestro Código Civil que hemos visto en éste capítulo, notamos que siempre se está a la voluntad de los padres y sólo si éstos no llegan a un acuerdo en un segundo término tendrá el juez la facultad de definir todo lo referente a la custodia y el ejercicio de la patria potestad; o si también el acuerdo de los progenitores se considera contrario a los intereses de los hijos tiene facultad el juez para intervenir y decidir en favor de los hijos lo que considere mejor para ellos según las circunstancias del caso. La Suprema Corte de Justicia ha señalado como es el interés de los hijos el punto primordial para decidir sobre la custodia:

“Patria Potestad. Custodia. El interés de los hijos, es el elemento primordial para su determinación. El interés de los hijos no necesariamente se identifica con la capacidad económica del padre para determinar que quede bajo su guarda o custodia, porque en cada caso particular pueden

mediar motivos de salud, seguridad y moralidad que aconsejen su permanencia con la madre considerada económicamente débil, como sucede, por ejemplo, cuando al lado del padre viven otros hijos de distinta madre con mengua de una entrega íntegra de afecto y atenciones, lo cual no ocurrirá si quedan al lado de la progenitora, que no tuviera ese inconveniente." (Amparo Directo 4849/1966. Antonio García Serrano Agosto 7 de 1967).

Es el interés de los hijos el que explica la práctica que impone al juez el respeto de las convenciones celebradas entre los padres, pero son también los intereses de los hijos los que lo autorizan a intervenir en caso de que considere el convenio de los padres negativo para los hijos, en cuanto a ésto los autores Ripert y Boulangen señalan :

"El tribunal está en libertad para tomar cualquier medida útil en interés del hijo, a solicitud de la familia o del Ministerio Público".(56)

#### 4.6.3 Sujetos de la custodia.

Ejercer la función de la custodia, como ya se dijo, implica ciertos elementos personales: El padre, la madre, los hijos menores de edad o incapacitados y en algunos casos un tercero (Abuelos paternos, maternos, tíos, primos, padrino, etc.).

Los sujetos que en primer lugar tienen a su cargo ejercer la función de la custodia son el padre y la madre. En los casos de divorcio o nulidad de

56.- RIPERT, Georges. op. cit. Pág 305.

matrimonio son los progenitores quienes de común acuerdo determinarán a cual de ellos corresponde la custodia de los menores o incapacitados (Artículos 258, 259, 282 fracción VI del Código Civil).

En este orden de ideas, la custodia de los hijos la pueden ejercer personas distintas de los padres, situación que se contempla en el artículo 273 fracción I, al establecer que los cónyuges que se divorcian deben presentar al juzgado un convenio en el que fijen:

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

En el artículo 282 Fracción VI del Código Civil se faculta al Tribunal para poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges.

De estas dos normas se desprende la posibilidad de que la custodia de los hijos la ejerzan personas distintas de los progenitores. En este punto la mayoría de los autores aceptan que esa función recaiga en los familiares señalados en el artículo 414 del multicitado Código, es decir, a los abuelos paternos, maternos; claro que el Juez goza de las más amplias facultades para resolver en especial sobre la custodia, pudiéndose dar el caso de que se prefieran a otra clase de parientes.

Por último, son sujetos activos de esta figura jurídica los hijos menores de edad o incapacitados.

El Juez al resolver sobre su custodia en las diversas hipótesis que se han planteado, tendrá la más noble y delicada labor: Proteger la vida del menor y el futuro de nuestro país. Quizá la afirmación parezca exagerada, pero en la medida en que se cuide a un niño, mirando por que se crie en el amor, la confianza y la santidad de un hogar estable, aunque en algunos casos no sea el natural, se estarán formando hombres libres, seguros de sí mismos, con un gran espíritu de solidaridad, que le permita, conjuntamente con el Estado, realizar la justicia y el bien común.(57)

#### **4.7. ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA CUSTODIA.**

Miguel Sánchez de Bustamante expone magistralmente cuales son los elementos que integran la custodia, siendo los siguientes:

A) "Guarda Física, que comprende el cuidado de la persona del menor; proporcionarle una vida sana y confortable de acuerdo con la posición social y condiciones económicas; la atención de su desarrollo corporal y de su salud, etc.

B) Guarda Moral, que consiste en la vigilancia y el cultivo de los principios espirituales y religiosos que han de orientarlo en su vida; el controlar su correspondencia, amistades, visitas.

---

57.- LEFUR, DE LOS, RADBRUCH CARLYLE. Los fines del Derecho. Traducción de Daniel Kury Breña. Manuales Universitarios-UNAM. México, 1981. Págs. 9 y 10.

C) Guarda Intelectual, que se refleja en la educación que ha de recibir, en su cultura intelectual y manual, en la elección de una carrera, profesión, arte, etc."(58)

#### **4.8. DEBERES, DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS; EMERGENTES DE LA CUSTODIA.**

Debemos distinguir los deberes, derechos y obligaciones en relación al sujeto de la relación de que se trate; ya conocemos a los tres sujetos: progenitor que ejerza la custodia, progenitor que no la ejerza y el menor sobre el que recae; cada uno de ellos tendrá sus propios derechos, deberes y obligaciones dentro de esta relación especial, de las relaciones jurídicas paterno-filiales, donde sólo uno de los progenitores tiene la custodia del hijo.

Recordemos que, en general, el progenitor que conserva la custodia es el que ejerce todos los deberes, derechos y obligaciones de la patria potestad, en cuanto a la persona y bienes de los hijos; es necesario hacer mención especial de lo que al respecto encontramos en nuestro código civil:

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

---

58.- SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Miguel. La patria Potestad durante el Juicio de Divorcio y una vez decretado el mismo. Revista la Ley. Buenos Aires, Argentina, 1957. Pág. 2.

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

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

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

Art. 427.- "La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio;..."

Estos son los artículos que consideramos importantes en relación a los deberes, derechos y obligaciones del progenitor que conserva la custodia, sin restarle importancia a la obligación alimentaria que incumbe también al progenitor que no conserve la custodia, recordemos el artículo 285; que consideramos de vital importancia en este caso, "Art. 285.- El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos." Con mayor razón el progenitor que sólo pierda la custodia de sus hijos quedará sujeto a todas las obligaciones de la patria potestad.

El 4 de agosto de 1989, se crea una Agencia especial del Ministerio Público para la atención de asuntos relacionados con menores de edad, el cual en su punto tercero señala:

"El Agente del Ministerio Público Investigador o cualquier otra autoridad de los mencionados en el artículo anterior, que tengan conocimiento de un asunto de menores, actuará de acuerdo a las siguientes bases:

Si el menor es víctima de delito y se encuentra en situación de conflicto, daño o peligro será remitido inmediatamente a la Agencia del Ministerio Público especializada, con copia de lo actuado, en los siguientes casos:

Que lo soliciten quien o quienes ejerzan la patria potestad, la tutela, la custodia o quien lo haya acogido como hijo propio por más de seis meses.

Por último, en el artículo décimo del acuerdo que crea la Agencia del Ministerio Público especializada, para el debido cumplimiento de este acuerdo, podrá:

Entregar al menor a sus padres, tutores, familiares o quienes ejerzan la patria potestad o custodia del menor.

En todos los casos indicados en las numerales 4 y 5 al señalar qué personas pueden actuar en nombre del menor, invariablemente se utiliza "quienes ejerzan la patria potestad, tutela o custodia", lo que significa que al

utilizarse la conjunción disyuntiva "o" se acepte la custodia como una función separable de la patria potestad.

Aclarando algunos conceptos, indudablemente que en la realidad puede suceder que alguna persona tenga la custodia de un menor. sin tener la patria potestad, por ejemplo, cuando los progenitores, en los casos de divorcio o de nulidad de matrimonio, acuerdan otorgar la custodia de sus hijos a un familiar (Abuelos paternos, maternos, tíos, etc.). En esta situación la patria potestad subsiste para los padres, solo que una de sus funciones, la custodia, es ejercida por otra persona.

Otro ejemplo: Ocurre comunmente en nuestro medio, que las madres solteras y sus hijos vivan en compañía de sus familiares (Abuelos paternos, maternos, etc.) y que por determinadas circunstancias dicha madre soltera deja a sus hijos al cuidado de sus parientes antes citados, sin que vuelva a ocuparse de ellos; en estos casos la madre sigue siendo titular de la patria potestad, y la custodia es ejercida por una persona diferente.

Cuando se tiene la custodia de un menor en las situaciones comentadas, no cabe la posibilidad de confundirla con la tutela, ya que ésta última surge al no existir quien ejerza la patria potestad y en los referidos casos si existe la patria potestad, aunque disminuida.

Es importante resaltar la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación a nuestro tema:

"PATRIA POTESTAD. LIMITE EN SU EJERCICIO CUANDO UNO DE LOS CONYUGES CONSERVA LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES.- Si a la madre se le confiere el cuidado y guarda de su menor hijo, debe ejercitar los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, que de acuerdo con los artículos 422 y 423 del código civil del Estado de Guerrero, comprenden la obligación de educarlo convenientemente, de corregirlo y castigarlo mesuradamente con una libertad que no tiene más límite que el notorio perjuicio físico o moral de dicho menor. El padre, por su parte, tiene derecho de visitar al hijo, de comunicarse y tratar con él, vigilando prudentemente el cumplimiento de las obligaciones de guarda y custodia a cargo de la madre, sin pretender una intromisión constante y absoluta que no es lógica, ni siquiera en los casos en que el matrimonio subsiste." Amparo Directo 3818/68.- Martha Contreras.- 14 de Febrero de 1969.

Es un derecho natural el que los padres vean a sus hijos y mantengan así el vínculo que los une, de ahí surge el derecho de visita y convivencia que tendrá el progenitor que no conserve la custodia del menor, velando a la vez del buen desarrollo de las obligaciones del otro progenitor sin entrometerse, ni entorpecer por ello este desempeño.

El que se atribuye la custodia del hijo no sólo tiene el derecho material de tenerlo en su compañía, sino también el derecho de dirigirlo y educarlo en el sentido más amplio.

"No sólo se confía a los padres la guarda del hijo, sino también su dirección, que significa algo más; consiste en guiar sus acciones, en vigilar

su desarrollo moral. Como la guarda, esta vigilancia es a la vez un derecho y un deber.”(59)

El Derecho Argentino prevé que la “tenencia” del hijo incluye el derecho de corrección y la administración legal, así mismo señala que el padre que no conserve la “tenencia” conserva el derecho de vigilar la educación de su hijo, así como el derecho de corrección, en un sentido restringido; por otro lado marca la obligación de éste de contribuir en los gastos de educación y mantenimiento, “ya que la educación de un hijo origina gastos que están a cargo de los padres.”

“En la doctrina moderna se habla de derecho de guarda de los padres con un sentido amplio, concepto que comprende los tres medios esenciales de gobernar al hijo: la educación, la vigilancia y la corrección.”(60)

La guarda del hijo es el derecho de retener a aquél en casa del que la ejerce, el menor no podrá abandonar el domicilio paterno, ya que un principal derecho y a la vez deber del progenitor que ejerce la custodia y del hijo sobre el que recae es el de convivencia; esta convivencia es el medio necesario para que el progenitor pueda cumplir su función; el tenerlo en su compañía permite cumplir con sus obligaciones, como son las de educación, representación, vigilancia, corrección, etc.

Las medidas sobre la custodia de los menores son revocables no tienen un carácter definitivo, y toda modificación debe inspirarse en el

---

59.- RIPERT, Georges. op. cit. Pág. 315.

60.- CASTAN VAZQUEZ, José María. op. cit. Pág. 186.

interés de los hijos y podrá invocar la intervención de los tribunales el progenitor que no la ejerza. Este tiene la obligación de vigilar el bienestar de sus hijos mediante la convivencia que tiene con ellos a través del derecho de visita, convivencia restringida para permitir el buen desempeño del custodio.

Con lo hasta aquí señalado, podemos separar y enumerar los principales deberes, derechos y obligaciones de cada uno de los tres sujetos de nuestra relación:

1.- Deberes, Derechos y obligaciones de los hijos sujetos a Custodia.

El hijo debe primeramente vivir en el domicilio fijado por el progenitor con el ejercicio de la patria potestad y la custodia; debe honrar y respetar a sus padres y obedecer las órdenes lícitas de éstos, ya que en contra de esto están facultados a corregirlos y castigarlos. Tienen derecho a ser protegidos, a una convivencia familiar con ambos progenitores; a ser educado y orientado, la educación se extiende al aspecto moral y religioso, a una orientación profesional y al espíritu cívico.

Los hijos tienen también el derecho de recibir alimentos, en el sentido del artículo 308, de ambos progenitores; a ser representados por quien ejerza la patria potestad; a que se le administren sus bienes, están obligados a retribuir esa administración; y todos los derechos y obligaciones que surjan por la relación jurídica paterno-filial.

2.- Deberes, Derechos y obligaciones del Progenitor que no ejerza la custodia.

En cuanto al otro progenitor que la ejerza, el que no lo haga debe: vigilar el buen desempeño, dar auxilio moral y económico en las decisiones de aquél, permitir sin intromisiones, el buen desempeño del custodio.

En cuanto al menor: tiene la obligación de proporcionarle alimentos; ejercer el derecho de visita, para la convivencia necesaria a fin de no perder el vínculo que los une; darle apoyo, afecto, cariño, orientación, etc., como es de esperarse de todo progenitor, aunque no vivan juntos.

### 3.- Deberes, Derechos y Obligaciones del progenitor que Ejerza la Custodia y la Patria Potestad:

El progenitor que tiene la custodia es el que ejercerá todos los deberes, derechos y obligaciones de la patria potestad, representación, administración de bienes, responsabilidad, derecho de usufructo, educación, etc.; más otros que son específicos de su carácter de Custodio, como son:

Cuidado, convivencia, fijar el domicilio y habitar con el hijo; protección de la persona, corrección; vigilancia de los actos del menor, corregirlos y amonestar; educación, elección y auxilio; vigilar y exigir del otro progenitor el cumplimiento de sus obligaciones a la vez de permitir a éste el ejercicio del derecho de visita con la convivencia necesaria para no perder el vínculo familiar y el apoyo de ambos padres que el menor necesita; administrar los alimentos y los bienes que proporcione el progenitor que no tiene la custodia al menor, y todos los demás que permitan el desarrollo integral y armónico del menor.

#### 4.9 SUSPENSION Y TERMINACION DE LA CUSTODIA

Al igual que la patria potestad la custodia puede también : acabarse, suspenderse o perderse.

“Se dice que se acaba cuando las leyes ponen término en virtud del verificativo de ciertos acontecimientos, naturales o provenientes del padre, pero lícitos y honestos.

Se dice que se pierde, cuando la ley dispone que el padre quede privado de ella por la comisión de algún delito o por su falta en el cumplimiento de los deberes que tiene para con sus hijos.

Por último, se suspende cuando no la puede ejercer el padre en virtud de alguna incapacidad, o por haber sido condenado a una pena que lleve consigo la suspensión de la patria potestad.”(61)

Resaltemos que la custodia a la que nos referimos es la que ejerce uno de los padres con exclusión del otro, y por lo mismo no termina al mismo tiempo para todos los sujetos de la relación jurídica paterno filial. En principio ambos padres tienen sobre sus hijos la custodia compartida, pero, en virtud de una separación de éstos, voluntaria o no, es menester que sólo uno de ellos conserve la custodia, mientras para el otro ésta se verá suspendida o perdida:

---

61.- MATEOS ALARCON, Manucl. op. cit. Pág. 289.

a) Pérdida: se da por resolución judicial, como vemos en los casos de divorcio necesario cuando el cónyuge culpable es condenado expresamente a la pérdida de la patria potestad y por lo mismo de la custodia, o bien, es condenado a la pérdida sólo del ejercicio de la patria potestad y la custodia.

b) Suspensión: se da también por resolución judicial, pero aquí puede ser por acuerdo voluntario de los padres, que al separarse deciden quien continuará teniendo la custodia, suspendiéndose para el otro. En este caso de suspensión, si por cualquier motivo el que conserva dejara de ejercerla entrará el otro a ejercerla (art. 416, que lo prevé para los hijos nacidos fuera de matrimonio) pero recordemos que la suspensión no es una sanción, sino una medida preventiva en favor de los hijos, entonces, es aplicable lo previsto en el artículo 416 para todos los casos en que exista sólo suspensión en el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia.

“Cuando uno de los esposos muere, los efectos del divorcio terminan. De ello resulta que el supérstite, que es en adelante el único que ejerce la patria potestad, recupera inmediatamente la tenencia del hijo que le había sido quitada”.(62)

Como vemos esto señalado es aplicable cuando la custodia es ejercida por ambos progenitores, ahora cuando uno de ellos la conserva también puede verse privado de ella, ya sea por una suspensión temporal o por pérdida definitiva:

---

62.- RIPERT, Georges. op. cit. Pág. 308.

a) Puede suspenderse por incapacidad sobrevenida del custodio; por su ausencia declarada o por declaración judicial que así lo determine.

b) Puede perderse por el incumplimiento que haga el custodio de sus obligaciones, así como por el abandono o la irresponsabilidad, debe declararse mediante resolución judicial.

Para ambos casos el padre que no conserva la custodia, al ejercer un derecho de vigilancia, será el principal encargado de solicitar al juez la suspensión o pérdida de la custodia del progenitor que, voluntariamente o no, incumpla sus obligaciones de custodia.

#### **4.10 EXTINCIÓN DE LA CUSTODIA.**

Para ambos casos, la custodia ejercida por ambos progenitores o ejercida por uno de ellos, ésta puede extinguirse en los mismos casos que la patria potestad, por lo que es aplicable lo señalado por el artículo 443 que prevé:

“La patria potestad se acaba:

- I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II.- Con la emancipación derivada del matrimonio, y

### III.- Por la mayor edad del hijo.

#### 4.11. PROPUESTA.

En el desarrollo del presente estudio nos enfrentamos ante el problema que significa la custodia de los hijos una vez que los padres se han separado y ambos conservan la patria potestad.

Considerando que el fin primordial de la custodia es el bien de los menores, nos vemos ante la necesidad de proponer la modificación de nuestro Código Civil, ya que como lo observamos en este trabajo, no se regula sobre los derechos y obligaciones que corresponden a los padres cuando se encuentran separados y sólo uno de ellos ejerza la custodia.

Con la frecuencia con que se están presentando en la actualidad estos casos consideramos que al desintegrarse una familia es necesario prever la situación de los hijos para evitarles mayores daños, por lo que sugerimos conveniente estructurar en el Código Civil las bases necesarias que regulen la custodia en caso de separación de los padres, debiendo tomar en cuenta el legislador lo siguiente:

1.- Cuando exista separación de los padres, el que conserve la custodia será el que ejerza los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, para el desarrollo integral del menor.

2.- El custodio debe permitir la convivencia de los menores hijos con el progenitor que no conserve la custodia, a través del derecho de visita.

3.- El custodio debe vigilar y exigir al progenitor que no conserve la custodia el cumplimiento de sus obligaciones, como lo son la alimenticia y la convivencia.

4.- El progenitor que no conserve la custodia debe convivir, mediante el derecho de visita, con sus hijos, con el fin de no perder el vínculo que los une, y vigilar el buen desempeño del custodio.

Tomamos en cuenta los anteriores argumentos en virtud de que una necesidad básica del hijo es tener a sus padres, el ser cuidado y protegido por su padre y por su madre, esta doble influencia, paterna y materna, para que sea benéfica requiere de un ambiente sano, de respeto y amor entre sus padres, ya que una relación negativa entre ellos perjudicará a los hijos más que una separación.

## CONCLUSIONES

1.- La filiación es una relación permanente, es el vínculo entre padres e hijos, que produce efectos jurídicos.

2.- La patria potestad comprende un conjunto de deberes, derechos y obligaciones, de los que la ejercen, destinadas al beneficio y protección de la persona y los bienes de los menores sujetos a ella, y no solamente es el poder y la autoridad de los que la ejercen sobre éstos.

3.- El medio legal para disolver un matrimonio válido en vida de los cónyuges es el Divorcio; el matrimonio tiene un carácter permanente y es el divorcio una excepción a ese carácter basada en la necesidad de mantener relaciones sanas en la familia y evitar las que resultan insostenibles y dañinas.

4.- Al desintegrarse una familia, es necesario prever la situación de los hijos para evitarles mayores daños, por lo que debe pensarse que vivan en compañía del progenitor más apto para las circunstancias del caso, sin que signifique que pierdan el contacto con el otro progenitor, el cual conserva sus obligaciones inherentes a la patria potestad.

5.- La Custodia es una prerrogativa de la Patria Potestad, implica la posesión material, vigilancia, protección, educación y cuidado del menor, deben ejercitarse los derechos y obligaciones inherentes a la Patria Potestad, no se puede hablar de custodia separada de la posesión material del menor.

## VIII

6.- La Custodia entraña la posesión física del menor, en la cual se da la convivencia necesaria para la satisfacción de las obligaciones de cuidado, atención, protección, vigilancia, educación y demás inherentes al ejercicio de la Patria Potestad y que corresponde a ambos padres y sólo por excepción la tendrá únicamente uno de ellos.

7.- Al referirnos a la custodia y al ejercicio de la Patria Potestad, estaremos en presencia de términos íntimamente relacionados; ya que la custodia implica el ejercicio de la Patria Potestad, y éste no se da sin la Custodia.

8.- El fin principal de la custodia es el bien de los menores, es el proteger sus intereses y por ello en principio debe ser ejercida por ambos progenitores, pero también hay casos en que es conveniente que sólo uno de ellos la ejerza en bienestar del menor.

9.- Una necesidad básica del hijo es tener a sus padres, el ser cuidado y protegido por su padre y madre; esta doble influencia, paterna y materna, para que sea benéfica requiere de un ambiente sano, de respeto y amor entre sus padres, ya que una relación negativa entre ellos perjudicará más que una separación.

10.- Nuestro Código Civil no regula sobre los derechos y obligaciones que corresponden a los padres cuando se encuentran separados (conservando ambos la patria potestad), y sólo uno de ellos ejerza la custodia.

11.- Es conveniente estructurar en el Código Civil las bases necesarias que regulen la custodia de acuerdo al caso anterior, tomando en cuenta los siguientes argumentos:

- Quien conserve la custodia, será quien ejerza los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.

- Se debe permitir la convivencia de los menores hijos con el progenitor que no conserve la custodia, a través del derecho de visita.

- Se debe exigir el cumplimiento de sus obligaciones al progenitor que no conserve la custodia.

- El progenitor que no conserve la custodia, debe convivir con sus hijos, mediante el derecho de visita, con el fin de no perder el vínculo que los une, y debe vigilar el buen desempeño del custodio.

**BIBLIOGRAFIA**

**ABOUHAMAD HOBAICA, Chibly.** El Juicio sobre el Derecho de Guarda. Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal. Número 112. Año XXIII. abril-junio. 1960.

**ALBALEDEJO, Manuel.** Manual de Derecho de Familia y Sucesiones. Librería Bosch. Barcelona, España, 1974.

**BELLUSCIO, Augusto Cesar.** Manual de Derecho de Familia. Tomo I. Ediciones De Palma. Tercera Edición. Buenos Aires, Argentina, 1983.

**BORDA, Guillermo A.** Tratados de Derecho Civil. La Familia. Editorial Perrot. Sexta Edición actualizada. Buenos Aires, Argentina, 1977.

**CASTAN VAZQUEZ, José María.** La Patria Potestad. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1960.

**CICU, Antonio.** El Derecho de Familia. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Editores Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1947.

**CHAVEZ ASENCIO, Manuel F.** La Familia en el Derecho. Editorial Porrúa S.A. Primera Edición México, 1984.

**CHAVEZ ASENCIO, Manuel F.** La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa S.A. México, 1985.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Editorial Porrúa S.A. Primera Edición México, 1987.

DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa S.A. Décimocuarta Edición. México, 1986.

DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratados de Derecho de Familia. Tomo I. Tipografica Editorial Argentina. 1953.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Editorial Porrúa S.A. Tercera Edición. México, 1984.

Enciclopedia Jurídica Omaba. Editorial Bibliográfica Argentina Omeba, S. de R. L. Buenos Aires, Argentina, 1968.

FLORIS MARGADANT, Guillermo. El derecho Privado Romano. Editorial Esfinge. Duodécima Edición. México, 1983.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas . Familia. Octava Edición. Editorial Porrúa S.A. México, 1987.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Estudios de Derecho Civil. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Primera Edición. México, 1981.

GÜITRON FUENTEVILLA, Julian. Qué es el Derecho de Familia. Promociones Jurídicas y culturales S.C. Primera Edición. México, 1985.

IBARROLA, Antonio De. Derecho de Familia. Editorial Porrúa S.A. Segunda Edición. México, 1981.

LEFUR, DELOS, RADBRUCH, CARLYLE. Los fines del Derecho. Traducción de Daniel Kury Breña. Manuales Univesitarios UNAM. México, 1981.

MATEOS ALARCON, Manuel. Lecciones de Derecho Civil. Tomo I. Estudios sobre el Código Civil del D.F., México.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa S.A. México, 1984.

PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Editorial Porrúa S.A. Cuarta Edición. México, 1984.

PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción D. Ferrandez González, José. Editorial Epoca. México, 1977.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol. Tomo III. De las Personas. Volúmen II. Ediciones La Ley. Buenos Aires, Argentina.

**ROJINA VILLEGAS, Rafael.** Compendio de Derecho Civil. Introducción. Personas y Familia. Editorial Porrúa S.A. México, 1984.

**ROJINA VILLEGAS, Rafael.** Derecho Civil Mexicano. Tomo Segundo. Editorial Porrúa S.A. Sexta Edición. México, 1983.

**SANCHEZ DE BUSTAMANTE, Miguel.** La Patria Potestad durante el Juicio de Divorcio y una vez Decretado el mismo. Revista La Ley. Buenos Aires, Argentina, 1957.