

879309

8
2-j



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE
ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

CLAVE : 879309

TEMA :

**" PROBLEMATICA JURIDICA DERIVADA DE LA PATRIA
POTESTAD. PROYECTO DE REFORMAS Y ADICIONES
AL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUANAJUATO "**

TESIS

PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

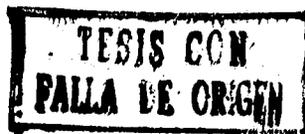
PRESENTA :

ELENA CASTRO MENENDEZ

ASESOR :

LIC. ARTURO HERNANDEZ ZAMORA

CELAYA, GTO.



OCTUBRE 1996



1996



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS:

PORQUE SIN EL NADA SERIA POSIBLE.

A MIS PADRES:

CON TESTIMONIO A TODOS SUS SACRIFICIOS E ILUSIONES.
POR FORJAR EN CADA UNA DE LAS ETAPAS DE MI VIDA UNA
TRAYECTORIA RECTA Y CONSEGUIR ASI LA SUPERACION.
CON AMOR, HOY LES BRINDO UN JUSTO RECONOCIMIENTO, PORQUE
CON SU CONFIANZA, ESFUERZO Y CONOCIMIENTO SIEMPRE ME HAN
ALENTADO Y GRACIAS A ELLO HOY HE ALCANZADO ESTA META QUE
HOY DISFRUTAMOS JUNTOS.
CON TODO MI CARIÑO Y AMOR.

A MIS HERMANOS:

ANGEL, SANDRA, ALEJANDRO, CLAUDIA Y ERIKA.
QUIENES DE ALGUNA FORMA COMPARTIERON MIS TRIUNFOS, MIS
FRACASOS Y PORQUE SIEMPRE HAN CREIDO EN MI, GRACIAS.

A FERNANDO:

CON AMOR, POR SER UNA RAZON PARA TRIUNFAR EN LA VIDA.
TE AMO.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS:

A TODOS ELLOS SIN EXCEPCION, QUE HAN CREIDO EN MI Y QUE
ME HAN BRINDADO SU AMISTAD Y APOYO.

A MI ASESOR:

AL LIC. ARTURO HERNANDEZ ZAMORA, GRACIAS A TODO EL APOYO
QUE SIEMPRE ME BRINDO, HOY SE ALCANZA UN OBJETIVO QUE LOS
DOS COMBINAMOS.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

LA FAMILIA.

1.1.	Concepto de la Familia	2
1.2.	El Derecho de Familia.....	4
1.3.	Definición del Derecho de Familia	4
1.4.	Fuentes del Derecho de Familia	5
1.5.	Ubicación del Derecho Familiar en el Campo de las Disciplinas Jurídicas.....	6
1.6.	Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar	8
1.7.	Autonomía del Derecho Familiar	10

CAPITULO II

LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE FAMILIA.

2.1.	Sujetos del Derecho Familiar	12
2.2.	Objetos del Derecho Familiar	14
2.3.	Supuestos Especiales del Derecho Familiar	30

CAPITULO III

EL PARENTESCO Y LA FILIACION FUENTES Y CONSECUENCIAS JURIDICAS.

3.1.	Parentesco ..	37
3.1.1.	Grados de Parentesco	39
3.1.2.	Consecuencias Jurídicas en el Parentesco	44
3.1.3.	Consecuencias Jurídicas del Parentesco de Afinidad	49
3.2.	Filiación	50
3.2.1.	Definición de Filiación	50
3.2.2.	La Filiación Legítima o Matrimonial	53
3.2.3.	Filiación Natural	57
3.2.4.	Filiación Legítima	58
3.2.5.	Filiación Adoptiva	58
3.2.6.	Casos de Presunción de la Filiación	59

C A P I T U L O I V

EL REGIMEN JURIDICO DE LA PATRIA POTESTAD.

4.1.	Definición de Patria Potestad	63
4.2.	Antecedentes de la Patria Potestad	64
4.3.	La Patria Potestad en el Código Civil	66
4.4.	Sujetos de la Patria Potestad	70
4.5.	Efectos de la Patria Potestad	73
4.6.	Modos de Terminar y Suspendir la Patria Potestad	82

C A P I T U L O V

PROBLEMATICA JURIDICA DERIVADA DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

5.1.	Planteamiento del Problema, el Titular en el Ejercicio de la Patria Potestad	86
5.2.	Formulación de Hipótesis de Trabajo	89
5.3.	Conclusiones Propuestas por la Sustentante.....	103

CONCLUSIONES.....	107
BIBLIOGRAFIA.....	111

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

Las instituciones para proteger al incapaz, sea este por edad o por condiciones físicas y psíquicas, tienen siempre una doble finalidad que es: Proteger la persona y los intereses del incapaz, y representarlo, o sea, actuar en su nombre ya sea en juicio, ya sea en otros campos del derecho, o inclusive fuera de sus relaciones jurídicas.

Las instituciones de protección del incapaz son en nuestro Derecho Civil moderno, dos grandes figuras jurídicas, ambas muy importantes: La patria potestad, que se ejerce exclusivamente de parte de padres o abuelos sobre incapaces menores de edad, y la tutela que se ejerce por las personas llamadas a ella por la ley, sobre menores de edad o mayores incapacitados.

En esta ocasión dedicaremos nuestra atención al estudio de la primera de las instituciones mencionadas: La Patria Potestad.

La investigación realizada para tales efectos constituye un estudio extenso y profundo que va acorde con nuestra capacidad personal y nuestro nivel profesional en función de la experiencia propia de un estudiante recién egresado de las aulas y al mismo tiempo propia de un profesionista que pretende el ejercicio de una carrera profesional en el campo del Derecho; consideraciones desde luego deben ser tomadas en cuenta por el jurado examinador, sin embargo, es de haber hecho nuestro mayor esfuerzo y haber puesto toda la atención necesaria para su realización.

Puntualizando el objetivo específico de la presente investigación, es conveniente resaltar que el mismo se traduce en el análisis a una problemática real que se da con relativa frecuencia con motivo del ejercicio de la patria potestad, en función de los derechos y obligaciones que de ella derivan.

En ese orden de ideas analizamos la problemática jurídica que se genera con motivo de la oposición que se presenta en aquellos casos donde uno de dos titulares del ejercicio de la patria potestad no es conforme con las pretensiones del otro, sobre todo en aquellos casos donde se pretende sacar a un menor fuera del territorio nacional, o bien enajenar bienes que son propiedad de un menor.

Para fines de lo anterior nos remitimos a la realización de un estudio de campo con el objeto de conocer la posición de los diferentes estudiosos del derecho, como sería el caso de jueces y de abogados litigantes, especializados en el estudio del derecho civil, con el objeto de encontrar una respuesta que viniera a resolver la necesidad que se le presenta a cualquier padre de familia o a cualquier menor que se encuentre dentro del régimen de la patria potestad.

Al respecto, cabe advertir, que se analizó con sumo cuidado los criterios prevalecientes, lo que sirvió para definir el criterio personal y sustentar nuestra propia tesis, misma que se encuentra formulada, fundada y razonada en el cuerpo de la presente investigación.

Finalmente, y una vez definida nuestra postura, para complementar de ello procedimos a formular las reformas y adiciones al Código Civil del Estado de Guanajuato, mismas que a nuestro juicio, se requieren indispensablemente para resolver la problemática realizada, subsanada de esta forma lagunas de la ley. Cumpliendo así con la finalidad que nos propusimos alcanzar cuando iniciamos la investigación que ahora concluimos, considerando con ello haber cumplido una misión.

LA SUSTENTANTE.

CAPITULO PRIMERO

LA FAMILIA

SUMARIO

1.1. Concepto de la Familia. 1.2. El Derecho de Familia. 1.3. Definición del Derecho de Familia. 1.4. Fuentes del Derecho Familiar. 1.5 Ubicación del Derecho Familiar en el Campo de las Disciplinas Jurídicas. 1.6 Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar. 1.7 Autonomía del Derecho Familiar.

1.1. CONCEPTO DE LA FAMILIA.

Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre.

Así, la familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras; se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social. También se le ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, primero en el seno de la familia dentro del cual nace y posteriormente en el de la familia que hace.

De esta manera, el término familia tiene diversas acepciones, ya que su significado dependerá del ángulo en el cual se coloque el estudioso para reflexionar científicamente sobre ella como una institución y así conocerla.

1.1.1. CONCEPTO BIOLÓGICO.

El primer enfoque nos coloca frente a un concepto biológico de la familia que, desde este ángulo, deberá entenderse como el grupo constituido por la primitiva pareja y de sus descendientes, sin limitación.

La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre

sí lazos de sangre.

1.1.2. CONCEPTO SOCIOLOGICO.

La segunda perspectiva nos enfrenta a un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues los conglomerados familiares se han organizado de diferentes maneras a través de las diversas épocas y en los distintos lugares.

De aquí que los conceptos biológico y sociológico de la familia no siempre coinciden, puesto para el primero la define como la institución formada por el padre, la madre y los hijos de ambos; más en otras ocasiones, los parientes lejanos que se agregan. En cambio, para el concepto sociológico es la institución social formada por los miembros vinculados por los lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda.

1.1.3. CONCEPTO JURIDICO.

El concepto jurídico como tercer enfoque atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, ésto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros.

En nuestro derecho, el concepto jurídico de familia responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y, cuando descienden del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado. Así las

cosas, el concepto jurídico de la familia responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes, así como por las otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o solo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos.

La unión de la pareja y la descendencia extramatrimonial no siempre son familia desde el punto de vista jurídico, para que lo sean se requiere de la permanencia de la relación (concubinato) y del reconocimiento de los hijos.

Nuestro Código Civil, no define, ni precisa, el concepto de familia. Fundado en una concepción individualista. Sólo señala los tipos, líneas y grados de parentesco y regula las relaciones entre los esposos y parientes.

1.2. EL DERECHO DE FAMILIA.

Si se toman los elementos conceptuales básicos de los conceptos biológicos y, sociológicos de la familia, y se incorporan los propios del concepto de derecho, se arriba a la definición de Derecho de Familia.

1.3. DEFINICION DEL DERECHO DE FAMILIA.

Definimos el derecho de familia como la, regulación jurídica de los hechos biosociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y del concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación.

Según Julian Bonnacase, por Derecho de Familia debemos entender el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia.(1)

Agrega el mencionado autor, que si se desea reducir el derecho de familia a límites más estrictos, debe comprender el matrimonio y los regímenes matrimoniales o derecho matrimonial y el parentesco o derecho del parentesco. Pero no deja de ser legítimo, cuando se quiere comprender el derecho de familia en su conjunto, considerarlo en el sentido amplio del término, tal como lo hemos definido.(2)

1.4. FUENTES DEL DERECHO FAMILIAR.

Los hechos biosociales regulados por el derecho son exclusivamente aquellos que se derivan de las instituciones -matrimonio, concubinato y filiación- de aquí que se afirme que ellas constituyen fuentes, tanto de la familia como del derecho de familia. La adopción se constituye así, en otra de las fuentes de las relaciones familiares.

Además de estas cuatro instituciones - matrimonio, concubinato, filiación y adopción- el derecho de familia regula otras como la sucesión y la tutela. Esta última puede darse también fuera del ámbito familiar, de modo que algunos autores la consideran casi o para familiar. En general, podemos señalar

(1) BONNECASE JULIAN, cit. por Rajina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia, Tomo I, Editorial Porrúa S.A., México, D.F. 1989, P. 206.

(2) Idem.

tres grandes conjuntos de fuentes:

1.- Las que se aplican a la unión de los sexos, como el matrimonio y el concubinato.

2.- Las que se aplican a la procreación, como la filiación, matrimonial y extramatrimonial y la adopción.

3.- Las que se aplican a las instituciones familiares en términos de asistencia como la tutela y el patrimonio familiar.

1.5. UBICACION DEL DERECHO FAMILIAR EN EL CAMPO DE LAS DISCIPLINAS JURIDICAS.

Tradicionalmente, la regulación de las relaciones familiares se han ubicado dentro del derecho civil, en la parte correspondiente a las personas, y el concepto de familia sobreentendido en la regulación, no tuvo una connotación precisa y reconocida por los ordenamientos jurídicos. No es sino hasta principios de este siglo cuando se inicia una corriente doctrinal en la cual destaca al concepto de familia como concepto social. Este cambio de enfoque se tradujo en la popularización del concepto de derecho familiar o de la familia.

Con ello se procura no solo independizar al derecho civil sino, incluso, sacarlo del ámbito del derecho privado, ámbito al que tradicionalmente ha pertenecido.

Para fundamentar la separación se aducen argumentos que hacen suponer que el derecho familia como disciplina reúne caracteres que lo asemejan con el derecho público. Así, se dice:

Que es notoria la intervención del poder público en las relaciones familiares, las que no pueden crearse ni resolverse sin la intervención del agente estatal, ya sea administrativo juez del registro civil o judicial, juez familiar o civil.

Que el concepto de función, propio del derecho público, es característico de las relaciones familiares, donde los derechos son recíprocos y dados para el cumplimiento de los deberes correspondientes.

Que los derechos y los deberes otorgados y establecidos mediante una norma de esta naturaleza para regular las relaciones familiares, son irrenunciables e imprescriptibles. Ello indica que la sola voluntad de los sujetos no puede alterarlas o suprimirlas y, además, que muchas de las facultades no se pierden merced al simple transcurso del tiempo.

En virtud de que las relaciones familiares se dan siempre entre particulares y no con los órganos estatales, se ha ubicado el derecho de familia dentro del derecho privado.

1.6. NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO FAMILIAR.

El distinguido jurista Italiano Antonio Cicu a sustentado una teoría interesante respecto a la naturaleza del derecho familiar, dándole en cierto aspecto un carácter de derecho público. Sostiene que: " El derecho de familia se considera generalmente como una parte del derecho privado; este suele dividirse en cuatro especiales: derechos reales, de crédito, de familia y de sucesión, a las que se antepone una parte general que contiene la exposición de los conceptos y principios comunes a todo el derecho privado".

Se advierte de la tesis de Cicu que este autor no postula autonomía del derecho familiar para independizarlo del derecho civil, pero situándolo en el derecho privado, sino que lleva esa autonomía al grado de separarlo totalmente del derecho privado y colocarlo en una zona intermedia que viene hacer una zona de frontera con el derecho público.

Acepta Cicu colocar el derecho de familia junto al derecho público y no como una rama del derecho privado, pues la característica de esta rama radica en que el Estado actúa, como extraño en las relaciones de los particulares reconociendo al individuo libertad para crear sus relaciones jurídicas y realizar sus propios fines. En cambio, en el Derecho Público, lo mismo que en el derecho de familia, el Estado interviene en todas las relaciones jurídicas que se originan entre los distintos sujetos interesados y, además, procuran realizar directamente los fines superiores bien sea de la comunidad política o del grupo familiar. (3)

(3) CICU ANTONIO, cit. por Rojas Villegas Rafael, op. cit. p.p. 206-207.

Sin embargo, como crítica a la tesis de Cicu, podemos considerar que a pesar que el derecho de familia tiene las características que señala el civilista Italiano y no obstante que también es cierto que el mismo persigue fines supraindividuales, ello no es bastante para concluir que se trata de una rama del derecho público. Es frecuente la confusión que se hace entre normas de interés público y de las normas de derecho público. Evidentemente que todas las normas del derecho público sí son de interés público, pero no todas las normas de derecho privado se refieren ha intereses exclusivamente individuales. En el derecho privado tenemos normas de interés particular y normas de interés público. No solo el derecho de familia es el único caso en el cual encontramos normas de interés público. También en el Derecho Civil Patrimonial, en el Derecho Mercantil, en el Derecho del Trabajo, en el Agrario, es constante la existencia de normas de interés general.

Seria proceder de una manera arbitraria el pretender sercenar dentro del Conjunto General que implica el Derecho Civil o el Derecho Patrimonial, aquellas materias que son de interés general, para situarlas dentro del campo del Derecho Público, reservando las otras al Derecho Privado. En realidad con un sistema semejante el Derecho Privado quedaría integrado por un mínimo de normas y la mayoría de sus preceptos pasaría a integrar el Derecho Público, y es que, como sostiene atinadamente León Duwit en su Derecho Constitucional, todas las normas jurídicas por ser tales, tienen que tutelar intereses generales. Para el celebre jurista francés, es un contrasentido pensar que la norma jurídica garantiza exclusivamente intereses de particulares. Precisamente por ser normas

de derecho, es decir, formas de disciplina social que tienen por objeto realizar la interdependencia humana, tienen que vincular intereses generales, aun cuando exista una mayor o menor predominación de éstos sobre intereses de particulares.

(4)

1.7. AUTONOMIA DEL DERECHO FAMILIAR.

Algunos autores sostienen que para que una parte del derecho pueda adquirir independencia, se requiere que posea:

1.- Independencia doctrinal, en cuanto se impartan cursos y existan tratados específicos sobre la materia;

2.- Independencia legislativa, en tanto existan ordenamientos especiales para regularla (leyes, códigos) y

3.- Independencia judicial, en lo que se refiere a la creación de tribunales propios, procedimiento especial y jueces dedicados exclusivamente a ella.

Con ello sustentan la tesis de que el derecho familiar es en realidad una rama autónoma del derecho y pugnan por su aceptación.

(4) *Idem.* P. 208

CAPITULO SEGUNDO

LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE FAMILIA.

SUMARIO

2.1. Sujetos del Derecho Familiar. 2.2.
Objetos del Derecho Familiar. 2.3. Supuestos
Especiales del Derecho Familiar.

2.1. SUJETOS DEL DERECHO FAMILIAR.

Los sujetos en esta rama del derecho civil son fundamentales los parientes (por consanguinidad, afinidad o adopción), los cónyuges y las personas que ejerzan la patria potestad o tutela. También deben mencionarse a los concubinarios, dado que algunos sistemas y, especialmente nuestro Código Civil vigente, reconocen ciertas consecuencias jurídicas al concubinato, tanto entre las partes como con relación a los hijos habidos en el mismo.

En el derecho de familia los sujetos que intervienen son personas físicas. Excepcionalmente tenemos la ingerencia de algunos órganos estatales como ocurre en el matrimonio, adopción, el reconocimiento de los hijos, la patria potestad y la tutela; también debe reconocerse la intervención del consejo de tutelas como un organismo estatal que en el Código vigente tiene funciones importantes que cumplir.

* **PARENTES.**- La categoría de parientes es esencial en el derecho familiar, por la diversidad de consecuencias jurídicas que se presentan tanto en el parentesco consanguíneo que es el principal, cuanto en la adopción o parentesco civil y en la afinidad que se crea por virtud del matrimonio entre el marido y los parientes de su mujer y entre ésta y los parientes de aquel.

* **CONYUGES.**- La calidad de consortes o cónyuges es importantísima en el derecho de familia, en virtud de que no sólo crea los sujetos especiales

del matrimonio, con el conjunto de derechos y obligaciones que recíprocamente la ley les concede e impone, sino que además se proyecta sobre los parientes legítimos y, especialmente, en las relaciones paterno-filiales.

* PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD Y MENORES SUJETOS A LA MISMA.- Dentro del parentesco se originan las relaciones específicas que impone la patria potestad entre padres e hijos o, en su caso, entre abuelos y nietos. Por consiguiente, se destacan aquí sujetos especiales del derecho familiar que deben diferenciarse de los parientes en general, pues los derechos y obligaciones que se originan por la patria potestad, entre esa clase de sujetos, no son los mismos que de una manera general determina el parentesco. Después trataremos tanto de la filiación legítima como natural y de los efectos de la patria potestad, sobre esa clase de sujetos.

* TUTORES E INCAPACES.- La incapacidad de ciertos sujetos (menores no sujetos a patria potestad y mayores de edad privados de inteligencia o afectados en sus facultades mentales) origina que el derecho familiar regule relaciones específicas mediante la institución de la tutela, creándose así, como nuevos sujetos, a los tutores e incapaces, con el conjunto de derechos y obligaciones que después determinaremos al tratar de la citada institución.

* CONCUBINOS.- En algunos sistemas como el nuestro, se reconocen estos sujetos del derecho familiar.(1)

(1) ROJINA Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil, Introducción Personas y Familia, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F. 1989, p.p.232-234

2.2. OBJETOS DEL DERECHO FAMILIAR.

* ENUMERACION DE LOS OBJETOS DEL DERECHO EN GENERAL.- Se define el derecho como el conjunto de normas que tiene por objeto regular la conducta intersubjetiva que se manifiesta en facultades, deberes y sanciones. Por consiguiente, de este concepto se desprende cuál es el objeto del derecho objetivo, así como los diversos contenidos que puede presentar dicho objeto a través de la facultad jurídica, del deber o de la sanción.

*OBJETOS PROPIOS DE DERECHO FAMILIAR.- Aplicando lo anteriormente expuesto a los objetos del derecho en general, podemos decir que dentro del derecho de familia encontramos a su vez las distintas formas de conducta que hemos caracterizado como objetos directos de la regulación jurídica. De esta suerte tenemos derechos subjetivos familiares, que principalmente se manifiesta en el matrimonio entre los consortes; en las relaciones de parentesco, entre los parientes por consanguinidad, afinidad y adopción; en las relaciones específicas de la patria potestad entre padres e hijos, abuelos y nietos; así como en todas las consecuencias generales de la filiación legítima y natural.

* DEFINICION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES.- Cabe definir los derechos subjetivos familiares diciendo que constituyen las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, el parentesco, la patria potestad o la tutela, por virtud de las cuales un sujeto está autorizado por la norma de derecho para interferir lícitamente en la persona, en la conducta, en la actividad jurídica o en el matrimonio de otro sujeto.

*CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES.- Hasta ahora hemos tratado de los derechos subjetivos familiares de carácter extramatrimonial, pero existen también los derechos subjetivos familiares de carácter familiar. En consecuencia, desde este punto de vista los podemos clasificar en dos grandes categorías: a) Derechos subjetivos familiares no matrimoniales, y b) Derechos subjetivos familiares patrimoniales.

En términos generales decimos que un derecho es patrimonial, cuando es susceptible de valorarse en dinero, de manera directa o indirecta. En cambio se caracteriza como no matrimonial, cuando no es susceptible de dicha valoración.

Las características que anteceden son aplicables a los derechos familiares de carácter no matrimoniales. En cuanto a los de naturaleza patrimonial, como son el derecho a alimentos y de heredar en la sucesión legítima, encontramos aspectos distintos. No obstante que en ambos existe como naturaleza común el ser valorables en dinero, el derecho a exigir alimentos se distingue del derecho a heredar, por tener los atributos que hemos señalado para los derechos no matrimoniales. Es decir, los alimentos son irrenunciables, intransmisibles, inalienables, imprescriptibles, intransigibles, inembargables, a diferencia del derecho subjetivo de heredar que, como los de carácter patrimonial, tiene las características opuestas.

Podemos clasificar los derechos subjetivos familiares desde ocho puntos de vista:

a) Derechos familiares patrimoniales y no patrimoniales. Su análisis lo hemos hecho con anterioridad.

b) Derechos familiares absolutos y relativos.

c) Derechos familiares de interés público y de interés privado.

d) Derechos familiares transmisibles e intransmisibles.

e) Derechos familiares temporales y vitalicios.

f) Derechos familiares renunciables e irrenunciables.

g) Derechos familiares transmisibles por herencia y exigibles por la muerte de su titular.

A continuación haremos el estudio de las clasificaciones que anteceden.

* DERECHOS ABSOLUTOS Y DERECHOS RELATIVOS DE ORDEN FAMILIAR.-
Generalmente los autores consideran que los derechos subjetivos familiares tienen las características de los derechos absolutos, que pueden ser oponibles a todo el mundo, valederos "erga omnes". Se fundan, para tal aseveración, en que tales facultades jurídicas se presentan como manifestaciones del estado civil de las personas participando de la naturaleza del mismo. Considerando que así como

el estado civil es oponible a los demás, de tal suerte que no se puede ser casado frente a algunos y divorciado frente a otros, ni tampoco se puede gozar de la calidad de hijo respecto de ciertas personas y carecer de la misma en cuanto a otras, de la misma suerte debe de razonarse para los derechos subjetivos familiares que son simples consecuencias del estado civil de las personas.

* DERECHOS FAMILIARES PUBLICOS Y PRIVADOS.- Los derechos familiares de interés público son los que principalmente organiza el derecho objetivo de familia, tanto en las relaciones conyugales como las que nacen del parentesco, la patria potestad o la tutela. Ya hemos señalado que tanto estos derechos familiares no patrimoniales, como los que sean susceptibles de valorizarse en dinero, principalmente derecho de alimentos, se constituye y se ejercitan tomando en cuenta un interés particular.

* DERECHOS FAMILIARES TRANSMISIBLES.- Todos los derechos familiares que no tienen carácter patrimonial son intransmisibles en virtud de que se conceden en consideración a la persona del titulado en la especial relación jurídica que se constituye. De esta suerte, en los derechos conyugales no cabe transferencia alguna, ni aun en los de carácter patrimonial, como después indicaremos; en los derechos inherentes a la patria potestad, a la tutela o al parentesco, existen las dos circunstancias antes indicadas, es decir, se conceden tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la naturaleza misma de la relación jurídica de potestad, de tutela o de parentesco.

Por consiguiente son también derechos intransmisibles. Además, el carácter de interés público que existe en todos ellos nos lleva a la misma conclusión.

En cuanto a los derechos familiares de carácter patrimonial, como los mismos se encuentran indisolubles ligados a las relaciones jurídicas personales de que dimanar, tampoco cabe admitir la posibilidad de transmisión de los mismos.

* DERECHOS FAMILIARES TEMPORALES Y VITALICIOS.- Los derechos inherentes a la patria potestad y a la tutela se caracterizan como temporales debido a que se confiere sólo durante la minoría de edad de los incapaces o bien durante el tiempo que dure la interdicción de los mayores sujetos a tutela. También la emancipación de los menores extingue tales derechos. En cambio, en el matrimonio y en el parentesco, los derechos familiares tienen el carácter de vitalicios, pues se conceden durante la vida del cónyuge o del pariente respectivo. En los sistemas que admite el divorcio o la ruptura absoluta del vínculo conyugal, los derechos familiares pueden tener la característica de temporales. Sin embargo, manteniéndose el matrimonio, las facultades de cada consorte tendrán el carácter de vitalicias.

* DERECHOS FAMILIARES RENUNCIABLES E IRRENUNCIABLES.- Los derechos familiares extramatrimoniales se caracterizan como irrenunciables, pero puede haber excusa para desempeñar respectivamente la patria potestad, la tutela y la curatela. En las relaciones conyugales, no cabe la renuncia de ninguna de las facultades que origina el matrimonio, de tal manera que cualquier estipulación

en ese sentido carecerá de efectos jurídicos. En cuanto a los derechos patrimoniales, la facultad de exigir alimentos se caracteriza como irrenunciable, pero entendida como derecho a los alimentos en el futuro, no a las pensiones ya causadas, pues respecto a éstas sí cabe que el acreedor alimentista renuncie a dichas pensiones.

* DERECHOS FAMILIARES TRANSMISIBLES POR HERENCIA Y EXTINGUIBLES POR LA MUERTE DE SU TITULAR.- Todos los derechos conyugales terminan con la muerte de uno de los cónyuges, pero en cuanto a la facultad para heredar en la sucesión legítima, como cónyuge supérstite, la ley reconoce expresamente esta posibilidad, permitiendo en el artículo 2863 que concurra a la herencia con los descendientes del de cuius y reciba la misma parte que correspondería a un hijo, siempre y cuando carezca de bienes a los que tenga al morir el autor de la sucesión no igualen a la porción que a cada hijo deba de corresponder.

Los derechos derivados del parentesco se extinguen necesariamente con la muerte del titular, aun en sus consecuencias patrimoniales relativas a alimentos. En los alimentos, no cabe la posibilidad de que se transmitan hereditariamente, pues este derecho se concede sólo a la persona titular y en razón de sus necesidades individuales.

* DEFINICION DE LOS DEBERES SUBJETIVOS FAMILIARES.- Los deberes subjetivos familiares se definen como los distintos estados de sujeción jurídica

en los que se encuentra colocados respectivamente un cónyuge frente al otro, los incapaces en relación con los que ejercen la patria potestad o tutela y los parientes entre sí.

El estado de sujeción jurídica que constituye el género próximo de la definición anterior, es inherente a todo deber jurídico y consiste en la subordinación que desde el punto de vista del derecho guarda un sujeto que se denomina "obligado" frente a otro sujeto llamado "pretensor". En los deberes subjetivos familiares, este estado de sujeción jurídica adquiere las características de una situación permanente, por cuanto que se manifiesta en un conjunto o serie de obligaciones que se van renovando continuamente, a diferencia de lo que ocurre en los deberes jurídicos personales o sea, de los que existen a cargo del deudor, pues éstos se caracterizan generalmente como temporales y se extinguen, por lo tanto, una vez que son cumplidos, sin que haya posibilidad de renovación. Se exceptúan aquellas obligaciones que nacen de los contratos de tracto sucesivo, como el arrendamiento, el depósito, el comodato, el mandato, la sociedad, etc., en los distintos obligados sí reportan deberes jurídicos de renovación sucesiva.

* CLASIFICACION DE LOS DEBERES JURIDICOS.- Los deberes jurídicos admiten las mismas clasificaciones que anteriormente enumeramos para los derechos subjetivos familiares. Por consiguiente, podemos hablar de deberes patrimoniales y no patrimoniales, absolutos y relativos, de interés público y de interés privado, renunciables e irrenunciables, transmisibles e intransmisibles,

temporales y vitalicios, transmisibles por herencia y extinguibles por la muerte del titular.

* ACTOS JURIDICOS FAMILIARES.- Los actos jurídicos familiares son aquellas manifestaciones de voluntad unilateral o plurilateral que tienen por objeto crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones de carácter familiar o crear situaciones jurídicas permanentes en relación con el estado civil de las personas.

* CLASIFICACION DE LOS ACTOS JURIDICOS FAMILIARES.- Ya hemos expresado un primer criterio de clasificación para extinguir tales actos en unilaterales, bilaterales y plurilaterales. Desde otro punto de vista podemos extinguir actos jurídicos privados, públicos y mixto.

Los actos jurídicos privados son aquellos que se realizan por la simple intervención de los particulares. Es decir, no requieren para su constitución que intervenga un funcionario público.

Los actos jurídicos mixtos son aquellos que para su constitución misma requieren la intervención de los particulares y de un funcionario del Estado, como elemento esencial para que pueda existir el acto. En el matrimonio, en la adopción, en el reconocimiento de hijos, en el divorcio voluntario, en la revocación de la adopción, etc., tenemos siempre la concurrencia de las partes interesadas, pero, además, la necesaria intervención de un funcionario público, sin el cual no pueda celebrarse el acto jurídico.

Los actos jurídicos públicos son aquellos que se realizan por la intervención única de un órgano del Estado, sin que en su celebración concurren las manifestaciones de voluntad de la parte o partes que resulten afectadas por el acto. En el derecho familiar podemos considerar como actos jurídicos públicos, exclusivamente a las sentencias que se pronuncien en los conflictos familiares, tales como la de la nulidad del matrimonio, la de divorcio, y las que establezcan la paternidad o maternidad.

* TESIS DE CICU EN RELACION CON LOS ACTOS JURIDICOS DEL DERECHO FAMILIAR.- Bajo la denominación de "negocios jurídicos del derecho familiar " se analizan por el jurista italiano un gran número de cuestiones jurídicas de indiscutible importancia. Desde luego estima que la teoría del negocio jurídico tal como se formula en el derecho privado, no tiene aplicación en el derecho público y, por consiguiente, en el derecho familiar. Partiendo de esta tesis, concluye que el matrimonio no es un contrato, sino un acto de poder estatal; que tampoco es contrato la promesa de matrimonio (esponsales). Carecen asimismo de carácter contractual la sepación conyugal, y la reconciliación entre los cónyuges, la adopción, el reconocimiento de un hijo natural y el desconocimiento de la paternidad legítima.

* ESPECIALIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS DEL DERECHO FAMILIAR.- Parte Cicu de la siguiente observación: en el derecho privado es fundamental la teoría del negocio jurídico, de tal suerte que constituye la base de la mayor parte de las instituciones. Puede afirmarse que gran parte del edificio jurídico de

carácter patrimonial depende exclusivamente de la autonomía de la voluntad para la libre consecución de propósitos individuales. En consecuencia, este dato sería suficiente para dudar a priori de que la teoría del negocio jurídico es aplicable al derecho de familia.

* ACTOS DEL DERECHO FAMILIAR QUE NO SON CONTRATOS.- Aplica su tesis al matrimonio para considerar que es el principal negocio del derecho familiar que aun cuando se constituye mediante el acuerdo de dos voluntades, no es un contrato.

Considera también que la promesa de patrimonio o esponsales no tiene el carácter de contrato, pues no da derecho a un vínculo familiar y, por lo tanto, ni siquiera puede ser incluida entre los negocios del derecho familiar.

* INEFICACIA DE LA VOLUNTAD DE LOS ACTOS JURIDICOS DEL DERECHO FAMILIAR PARA PRODUCIR CIERTAS CONSECUENCIAS.- Fundado en las premisas que anteceden, afirma el jurista italiano la voluntad privada no es eficaz para constituir, modificar o disolver los vínculos jurídicos familiares. Presenta como ejemplos los siguientes:

1) Es nulo el pacto de contraer solamente el matrimonio religioso;

2) Es asimismo nulo todo pacto que tienda a modificar los atributos de la patria potestad;

3) Es nulo todo pacto o acto unilateral que tienda a modificar los atributos de la patria potestad marital o los derechos y deberes de cada uno de los cónyuges;

4) Es nulo también todo pacto o acto unilateral que tiende a unificar el ordenamiento de la tutela; los poderes consentidos por la ley al testador o progenitor han de considerarse como excepcionales;

5) Es nulo el pacto en el que se excluya la emancipación que se producirá como consecuencia necesaria del matrimonio y aquel en el cual el progenitor se obliga a emancipar al hijo, o restringir los efectos de la emancipación;

6) Son nulos los pactos en los cuales el hijo acepte o rechace un reconocimiento, o aquellos en los cuales los progenitores se obliguen a excluir de la legitimación por subsecuente matrimonio, a determinado hijo;

* LA REPRESENTACION EN LOS ACTOS JURIDICOS FAMILIARES.- Cicu admite como principio la improcedencia de esta institución, que se acepta en el derecho privado como una consecuencia de la autonomía de la voluntad; pero en el derecho de familia, propiamente no es de que exista una representación legal, sino una función orgánica para los casos que ya antes se enumeran.

En nuestro derecho el artículo 52 estatuye: "Cuando los interesados no pueden concurrir personalmente, podrán hacerse representar por un mandatario

especial para el acto, cuyo nombramiento conste por lo menos en un instrumento privado otorgado ante dos testigos. En los casos de matrimonio o de reconocimiento de hijos, se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas ante Notario Público, Juez de primera instancia, Menor o de Paz". En consecuencia, partimos de un principio opuesto al que postula Cicu, que dependen de las disposiciones especiales del Código Civil italiano.

* ENUMERACION DE LAS SANCIONES DEL DERECHO FAMILIAR.-Las principales sanciones que regula el derecho de familia son las siguientes: inexistencia, revocación, divorcio, reparación del daño, ejecución forzada, uso de la fuerza pública y cumplimiento por equivalente de algunas prestaciones.

Podemos distinguir en términos generales las sanciones del derecho privado y las sanciones del derecho público.

Las sanciones del derecho privado comprenden las distintas formas antes enunciadas. Por consiguiente, no obstante las características que tiene el derecho familiar y el indiscutible interés público que existe en sus normas e instituciones, las sanciones que regula pertenecen a las grandes categorías del derecho privado.

* INEXISTENCIA.- La inexistencia es una sanción que tiene por objeto declarar que un acto jurídico carece de sus elementos esenciales y, por lo tanto, es "la nada" para los efectos del derecho. Es decir, se desconoce toda

existencia al acto jurídico y se le priva totalmente de efectos en virtud de que la falta al mismo un elemento esencial o de definición, sin el cual no puede concebirse siquiera.

* NULIDAD.- La nulidad ha sido considerada como la sanción perfecta del derecho, en virtud de que tiene por objeto privar de efectos y consecuencias al acto jurídico. Desde el momento en que la ley destruye con carácter retroactivo todas las consecuencias que pudo haber producido un acto nulo, se considera que existe una sanción perfecta, pues el derecho impide que tenga eficacia el acto contrario a la ley o bien el acto en el cual existen ciertos vicios internos como son la incapacidad, los vicios de la voluntad y la inobservancia de las formalidades legales.

* REVOCACION.- La revocación puede tener dos aspectos como sanción cuando una de las partes esta facultada para dejar sin efectos un acto jurídico o bien como un simple acuerdo entre los interesados para destruir, por mutuo disenso todas las consecuencias de un acto jurídico.

La revocación como sanción jurídica esta reconocida en el derecho de familia tratandose de la adopción, pues el artículo 459 permite que por ingratitud el adoptado, el adoptante exige judicialmente que se declare por sentencia la revocación. En el artículo 460 se precisan los casos de ingratitud que comprenden diversos hechos ilícitos. En cambio, la fracción I del artículo 459 se refiere a un caso de revocación por mutuo disenso que no tiene las características de una sanción jurídica.

El divorcio por mutuo consentimiento se presenta también como un caso de revocación, pero no constituye una sanción jurídica.

* DIVORCIO.- El divorcio ha sido considerado como una sanción específica del derecho familiar, pero solo en todos aquellos casos que supongan un hecho ilícito entre los cónyuges, en relación con los hijos o respecto de terceras personas, que la ley a tipificado como bastante para originar la ruptura del vínculo conyugal. Independientemente de esta sanción existe el divorcio llamado remedio que se concede en los casos de ciertas enfermedades, de enajenación mental incurable y de impotencia.

* REPARACION DEL DAÑO.- La reparación del daño es una sanción del derecho privado en general, pero tiene principalmente aplicación tratándose de las relaciones patrimoniales. En el derecho de familia, no obstante, la ley se refiere a diferentes formas de reparación del daño moral o patrimonial, por diversos hechos ilícitos.

Bajo la forma general de indemnización de daños y perjuicios, el Código Civil contiene múltiples sanciones contra todo hecho ilícito en el matrimonio, en los casos de divorcio que causen daño al cónyuge inocente, en la administración de los bienes por los que ejercen la patria potestad y en las responsabilidades del tutor y curador.

* EJECUCION FORZADA Y USO DE LA FUERZA PUBLICA.- La ejecución forzada se refiere en general al embargo de bienes de todo aquello que resulte

condenado en juicio; también pueden ponerse como acto inicial del mismo en los casos en que proceda la vía ejecutiva o como diligencia prejudicial, cuando hubiere temor de que el deudor oculte o enajene sus bienes; en el derecho familiar existe también la ejecución forzada, supuesto que se presentan casos en los que es necesario proceder al embargo de bienes del deudor o del sujeto responsable de los daños y perjuicios causados, según hemos explicado anteriormente.

* CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENTE DE ALGUNAS PRESTACIONES.- En el derecho civil patrimonial es frecuente que las prestaciones incumplidas se traduzcan en un equivalente a efecto de llevar a cabo la ejecución forzada sobre los bienes del deudor. Es decir, en aquellos casos en que no es posible obtener que el obligado realiza exactamente la prestación de vida, bien porque no se puede hacer coacción sobre su persona en las obligaciones de hacer, o porque no existan ya las cosas debidas en las obligaciones de dar, se recurre a una prestación por equivalente para compensar al acreedor o al sujeto activo en las relaciones patrimoniales en general. En el derecho de familia, las obligaciones que hemos analizado, generalmente no motivan su conversión en un equivalente pecuniario, de tal manera que solo se podrá recurrir a este medio cuando se trate de prestaciones económicas, como la obligación alimentaria y la responsabilidad por daños y perjuicios.

* SANCIONES ESPECIALES DEL DERECHO FAMILIAR.- Además del divorcio como sanción específica las relaciones conyugales, podemos citar la pérdida y

suspensión de la patria potestad en los casos que después indicaremos, así como las incapacidades para desempeñar el cargo de tutor, y la pérdida y suspensión del mismo.

De acuerdo con el artículo 497: " La patria potestad se pierde:

I.- Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;

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

IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses. Además, conforme al artículo 500 la patria puede suspenderse por virtud de una sentencia condenatoria que implique como pena tal suspensión; es decir, en este caso se presenta como consecuencia de un hecho ilícito. En las dos primeras fracciones del mencionado artículo, la suspensión de la patria potestad ocurre por incapacidad declarada judicialmente o por ausencia. Se trata por consiguiente de casos que no implican hecho ilícitos y, por lo tanto no quedan incluidos dentro de los casos de las sanciones.(2)

(2) GALINDO Garfias Ignacio, DERECHO CIVIL, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F. 1987, p.p. 425-440

2.3. SUPUESTOS ESPECIALES DEL DERECHO FAMILIAR.

* ENUMERACION DE LOS SUPUESTOS PROPIOS DEL DERECHO FAMILIAR.- Para la enumeración mencionada, partiremos de una clasificación inicial, distinguiendo al efecto supuestos principales y supuestos secundarios en el derecho familiar.

Podemos considerar como supuestos principales al parentesco, al matrimonio y al concubinato y como supuestos secundarios la concepción del ser, el nacimiento, distintos grados sobre la minoría de edad, la emancipación, la mayoría de edad, la edad de sesenta años para los avocados a la patria potestad o a la tutela, la muerte, el reconocimiento de hijos la legitimación, las causas de divorcio, la nulidad del matrimonio, las causas de disolución de sociedad conyugal y, en general, la condición moral de determinadas personas.

* CONCEPCION DEL SER.- Este hecho jurídico viene a realizar diferentes hipótesis normativas que se refieren respectivamente al derecho de las personas, al derecho de familia, y al contrato de donación.

1.- Por lo que se refiere al derecho de las personas, la concepción del ser es fundamental para que se otorgue la protección jurídica que menciona el artículo 20 del Código Civil.

2.- En cuanto al derecho de familia, se toma en cuenta la concepción del ser para determinar el momento inicial en la filiación legítima y para presumir la filiación paterna en el concubinato.

La misma base admite al artículo 440 al estatuir: " Se presumen hijos del concubinario y la concubina: I.- Los nacidos después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato; II.- Los nacidos dentro de los 300 días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina ".

3.- En el derecho hereditario se atiende a la concepción del ser para que exista personalidad jurídica en el heredero o en el legatario.

4.- Para el contrato de donación el artículo 1853 expresamente estatuye: " Los no nacidos pueden adquirir por donación con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 207 ".

En el derecho de familia la concepción del ser determina el momento inicial de las relaciones de parentesco y, especialmente, las que se derivan de la filiación legítima, o natural; por lo tanto, prepara las consecuencias que después van a sobrevenir si hay un nacimiento viable. Expresamente el artículo 20 dispone que no podrá entablarse demanda respecto de la determinación de la paternidad cuando no exista un nacimiento viable, es decir, cuando el nacido no viva 24 horas completamente desprendido del seno materno o no sea presentado vivo al registro civil.

* NACIMIENTO.- El nacimiento es un supuesto jurídico de múltiples

consecuencias en todo el derecho y, especialmente, en el derecho de familia, pues en primer lugar inicia de manera plena la personalidad que solo para ciertos efectos se reconoce en el ser concebido. Además, origina ya las relaciones de parentesco, con la obligación de alimentos a cargo de los progenitores y es la base para originar la patria potestad o la tutela en determinados casos.

* **DISTINTOS GRADOS DURANTE LA MINORIA DE EDAD.**- La capacidad de las personas físicas va sufriendo una modificación constante desde la concepción del ser hasta que llegan a la mayor edad.

* **EMANCIPACION.**- La emancipación interesa tanto al derecho de las personas como al derecho de las familias. Al derecho de familia le interesa la emancipación, por cuanto que de acuerdo con el artículo 689: " El matrimonio del menor de 18 años, produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva el cónyuge emancipado, que sea menor no recaerá en la patria potestad ". Es decir, el estado de emancipación se presenta en este caso como consecuencia del matrimonio del menor emancipado.

* **MAYORIA DE EDAD.**- Lo mismo que para la emancipación la mayoría de edad interesa tanto al derecho de las personas como al derecho de familia. En el derecho de las personas, el artículo 23 previene: " El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley ". A su vez los artículo 694 y 695

respectivamente estatuyen: " La mayor edad comienza a los 18 años cumplidos ". El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. Desde luego podemos notar que no solo la mayoría de edad interesa exclusivamente al derecho de las personas, sino también a todo el derecho en general por cuanto que determina una plena capacidad del ejercicio en el sujeto antes incapacitado por su minoría de edad y, además le permite disponer libremente de su persona y de sus bienes. éstas dos posibilidades vienen a determinar consecuencias importantes en el derecho de familia y en el derecho patrimonial en general, tanto civil, mercantil, obrero y agrario.

* MUERTE.- La muerte esta prevista en diferentes preceptos del derecho familiar para operar consecuencias importantes. Las principales son las siguientes:

1.- Las relaciones parentales de consanguinidad, afinidad y adopción termina con la muerte de cualquiera de los parientes relacionados.

2.- En el matrimonio, la muerte de uno de los cónyuges o de ambos, en su caso, extingue el vínculo conyugal con todas las consecuencias inherentes a tal situación.

3.- En el caso de que se hubiera entablado demanda de divorcio y sobreviniere la muerte de uno de los consortes, se dará fin al juicio, sin que se afecte para nada los derechos de obligaciones de los herederos del cónyuge muerto.

4.- En materia de donaciones entre consortes, de acuerdo con el artículo 288, la muerte del cónyuge donante origina la consecuencia importante de que vendrá a hacer irrevocable la donación.

5.- La patria potestad se extingue por la muerte del ascendiente que la ejerce, en los términos del artículo 494: "La patria potestad se acaba:

I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;

II.- Con la emancipación derivada del matrimonio;

III.- Por la mayor edad del hijo".

6.- En la tutela, también se extinguen este estado jurídico del pupilo porque desaparezca su personalidad. La muerte del tutor, como es natural, no puede originar la terminación de la misma, pues en este caso se procederá a la designación de nuevo tutor.

* RECONOCIMIENTO DE HIJOS.- El reconocimiento de un hijo puede tener dos efectos principales: a) declarativo y b) constitutivo.

Existe el efecto declarativo cuando estando ya acreditada la filiación por otros medios, el reconocimiento solo tiene por objeto hacer la constar de manera indubitable, con todos sus derechos y obligaciones.

* LEGITIMACION.- La legitimación, como el reconocimiento, produce

la consecuencia importante de que acredita para todos los efectos legales una situación de hecho difícil de probar y, sobre todo, ignorada para el derecho en la mayoría de los casos. En la legitimación se produce además la consecuencia de que cambia la situación jurídica del hijo natural para convertirse en hijo legítimo, con todos los derechos y obligaciones reconocidos para esta última categoría. Conforme al artículo 410: " El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos del matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración ".

* CAUSAS DE DIVORCIO.- las diferentes causales de divorcio que enumeran los artículos 323 y 324, deben ser estudiados, como supuestos jurídicos de gran importancia en el derecho familiar.

* NULIDAD DEL MATRIMONIO.- La nulidad del matrimonio viene a producir consecuencias semejantes a las del divorcio, por cuanto que también da término al vínculo conyugal, pero respecto a los hijos y a los bienes se producen efectos distintos.

* CAUSAS DE DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.- Respecto a este supuesto jurídico ya hemos venido terminando las diferentes causas que originan la disolución de la sociedad conyugal. Por lo tanto, habrán de tomarse en cuenta las distintas situaciones que se presentan según las causas de divorcio, nulidad del matrimonio, muerte de uno de los cónyuges, ausencia o disolución por mutuo consentimiento de los consortes para dar término a la sociedad conyugal.(3)

(3) ROJINA Villegas Rafael, Ob. Cit. p.p. 248-253

CAPITULO TERCERO

EL PARENTESCO Y LA FILIACION FUENTES Y CONSECUENCIAS JURIDICAS.

SUMARIO

- 3.1. Parentesco. 3.1.1. Grados de Parentesco.
- 3.1.2. Consecuencias Jurídicas en el Parentesco.
- 3.1.3. Consecuencias Jurídicas del Parentesco de Afinidad.
- 3.2. Filiación. 3.2.1. Definición de Filiación.
- 3.2.2. La Filiación Legítima o Matrimonial.
- 3.2.3. Filiación Natural.
- 3.2.4. Filiación Legítima.
- 3.2.5. Filiación Adoptiva.
- 3.2.6. Casos de Presunción de la Filiación.

CAPITULO TERCERO

EL PARENTESCO Y LA FILIACION FUENTES Y CONSECUENCIAS JURIDICAS.

S U M A R I O

- 3.1. Parentesco. 3.1.1. Grados de Parentesco.
- 3.1.2. Consecuencias Jurídicas en el Parentesco.
- 3.1.3. Consecuencias Jurídicas del Parentesco de Afinidad.
- 3.2. Filiación. 3.2.1. Definición de Filiación.
- 3.2.2. La Filiación Legítima o Matrimonial.
- 3.2.3. Filiación Natural.
- 3.2.4. Filiación Legítima.
- 3.2.5. Filiación Adoptiva.
- 3.2.6. Casos de Presunción de la Filiación.

3.1. PARENTESCO.

La palabra parentesco proviene del latín *parens*, *pariente*. El parentesco es el nexo entre individuos que descienden de un tronco común o que obtienen tal calidad por disposición de la ley.

Según Antonio de Ibarrola, por parentesco debemos entender el lazo existente entre personas que proceden una de otra o tienen un autor común o el establecido por la Ley Civil o Canónica por analogía con los anteriores; o dicho de otro modo, lazo permanente que existe entre dos o más personas por razón de tener una misma sangre, o de un acto que imita al del engendramiento y cuya similitud con éste se haya reconocido por la Ley.⁽¹⁾

La doctrina señala tres fuentes del parentesco:

- a) Matrimonio
- b) Filiación
- c) Adopción

El vínculo familiar primario es el que se deriva de las relaciones sexuales permanentes a través del matrimonio o concubinato.

De las relación sexual surge la procreación que, a su vez, da origen al parentesco; es decir que de la unión del hombre con la mujer surgen hijos, dando cabida a la relación familiar más cercana: la filiación.

(1) DE IBARROLA, Antonio, DERECHO DE FAMILIA, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F. p.119.

Existen tres clases de parentesco:

- a) De consanguinidad;
- b) De afinidad; y
- c) De adopción o civil.

El parentesco de consanguinidad, que es la relación existente entre ascendientes y descendientes de un mismo tronco, es definido por el artículo 347 del Código Civil vigente para el Estado de Guanajuato, que al efecto nos dice:

Art. 347.- El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

Nos dice el artículo 348 que el parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón.

El matrimonio no crea parentesco. Los cónyuges no son parientes entre sí de ninguna naturaleza.

El parentesco civil o de la adopción es definido por el artículo 349 del mismo ordenamiento, que nos dice que:

Art. 349.- El parentesco civil es el que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado.

El parentesco civil o de adopción sólo crea parentesco entre el adoptante y el adoptado, es decir, en nuestro sistema jurídico no crea la adopción plena, que es aquella que se da por el mismo acto de la adopción y que tiene efectos más generales al permitir que entre de lleno el adoptado en la familia del adoptante con todos sus derechos y limitaciones.

Existe un cuarto tipo de parentesco que, inexplicablemente, nuestro derecho no recoge; se trata del parentesco espiritual, el cual se produce con motivo de vínculos religiosos. Nuestro derecho no lo reconoce y, en consecuencia no le permite producir los efectos jurídicos del matrimonio. La ley considera como concubinato el matrimonio realizado sólo bajo las reglas de la iglesia.

3.1.1. GRADOS DE PARENTESCO.

PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD.

Las líneas de parentesco de consanguinidad puede ser de diferentes formas:

a) En línea recta.- Se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras. El artículo 353 del Código Civil nos dice que la línea recta puede ser ascendiente o descendiente.

Art. 353.- En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor.

La línea ascendente es la relación que existe con el progenitor o tronco de que procede, y la descendente es la que liga al progenitor con los que proceden de él.

b) En línea transversal.- Se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unos de otros proceden de un progenitor o tronco común.(2) Al efecto el artículo 354 nos dice:

Art. 354.- En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra; o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la de progenitor o tronco común.

La línea trasversal puede ser igual o desigual, según las personas se encuentren en el mismo grado o se encuentren en grados diferentes.

Así, vemos en la línea transversal igual a los hermanos y primos hermanos, y en la transversal desigual a los sobrinos y tíos.

Línea materna o paterna se le llama en uno u otro sentido según sea el progenitor de donde provenga. Los hijos de matrimonio o de padres conocidos tendrán forzosamente los dos.

Es de todos sabido cuales son los casos de excepción:

Hijo de padre desconocido.

(2) *Idem.* p. 122

Hijo de madre desconocida.

Hijo de padres desconocidos.

Definiciones de diversos tipos de hijos ilegítimos.

Varios son los tipos de hijos que se puede presentar :

1.- Adulterino o noto. El hijo de persona casada con otra que no es su cónyuge, el extra matrimonial.

2.- Bastardo. Hijo de personas no casadas.

3.- Fornecino. Hijo producto de la fornicación.

4.- Espurio. Hijo de mujer prostituta, del que no se sabe quien es su padre.

5.- Incestuoso. Hijo de ascendientes con descendientes que, con motivo de la consanguinidad, están impedidos de la procreación.

6.- Sacrilego. Hijo de quien hizo votos de castidad.

La doctrina reconoce dos tipos de hermanos:

1.- Unilaterales, cuando solo uno de los progenitores es conocido.

2.- Bilaterales, cuando ambos progenitores son conocidos.

Cuando son unilaterales por la vía paterna, se llaman consanguíneos, y por la vía materna, uterinos.

Planiol distingue; cuando un pariente desciende de otro, se forma lo que se llama línea. Es el parentesco directo que se presenta por medio de la que liga a uno de los parientes con el otro, sin importar el número de intermediarios en cuanto al parentesco que une a dos parientes que descienden de un autor o tronco común, es llamado parentesco colateral.- Su representación gráfica forma un ángulo; los dos parientes ocupan el extremo inferior de los lados y el tronco común es colocado en el vértice.(3)

PARENTESCO DE AFINIDAD.

Como ha quedado asentado, el parentesco de afinidad nace siempre del matrimonio, con los parientes del o de la cónyuge. Los esposados nunca adquieren ningún grado de parentesco entre si y entra en la familia en el mismo lugar y grado que su cónyuge; es decir, se encuentran en parentesco de primer grado con sus suegros, de segundo con los abuelos del esposo y así sucesivamente. En caso de que se hallan realizado segundas nupcias de alguno de los dos y este haya tenido hijos con anterioridad, o nietos o bisnietos, subsiste su situación familiar por las mismas consecuencias.

Este tipo de parentesco tiene efectos jurídicos reducidos, no da derecho a heredar, según lo establece el Código Civil, no produce obligación de dar alimentos y solo se traduce en la prohibición de contraer nupcias entre parientes y afinidad en línea recta que no así o los colaterales.

(3) PLANIOL Marcel, Cit. por, ROJINA Villegas Rafael, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, Introducción Personas y Familia, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F. 1989.

En relación con la concubina y con el matrimonio que se realiza solo por la iglesia el parentesco de afinidad no se produce. Por ende el matrimonio es posible en el derecho civil entre dos personas aún cuando una de ellas hubiere tenido con anterioridad relaciones ilícitas con un ascendiente de la otra y aún cuando hubiere tenido en ella hijos.(4) Por otra parte, el parentesco de afinidad no se extingue en la muerte o divorcio de cualquiera de los cónyuges. muerto o divorciado la prohibición subsiste.

PARENTESCO CIVIL O DE ADOPCION.

Su principal característica es que no se da en nuestro derecho la adopción plena como sucede en el derecho francés y el adoptado no entra a la familia del adoptante en forma total o absoluta; esto es, la relación jurídica solo surte efectos entre el adoptante y el adoptado. La adopción plena, que no esta permitida en nuestro derecho, consiste en que el adoptado ingrese en la familia del adoptante como si fuera hijo natural o biológico.

La adopción como se vera en otro capitulo, esta regulada por los artículos 446 a 464 del Código Civil. Este tipo de parentesco crea la prohibición entre las partes para contraer nupcias; así, el artículo 154 nos dice:

Art. 154.- El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción.

(4) ELIAS, Azar Edgar, PERSONAS Y BIENES EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO, Edit. Porrúa S.A. México, D.F. 1996, p. 46

Solo subsiste el impedimento mientras subsista el vínculo; extinguida la adopción, se nulifica el impedimento. Esta limitación no se extiende a los parientes del adoptado o adoptante.

3.1.2. CONSECUENCIAS JURIDICAS EN EL PARENTESCO.

El parentesco:

- a) Crea el derecho a percibir alimentos.
- b) Crea el derecho a heredar o a demandar alimentos a la asociación.
- c) Crea derechos sobre los bienes de los hijos y sobre sus personas por efectos de la patria potestad.

Así mismo, el parentesco:

- a) Crea la obligación de otorgar alimentos a los hijos.
- b) Incapacita para el matrimonio entre ascendientes y descendientes.
- c) Crea las obligaciones inherentes a la patria potestad.
- d) Crea atenuantes y agravantes en la responsabilidad penal.

La principal consecuencia del parentesco consanguíneo es la de establecer la prohibición de contraer nupcias entre todos los ascendientes y descendientes sin limitación de grados y entre colaterales hasta el segundo grado. Entre tíos y sobrinos (tercer grado), se puede realizar con autorización judicial (Art. 153 Fracc. III del Código Civil).

Art. 153.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

I.- La falta de dar requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada;

II.- La falta de consentimiento del que, o los que ejercen la patria potestad, del tutor o del juez, en sus respectivos casos;

III.- El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa;

IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;

V.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contener matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;

VI.- El atentado contra la vida de alguno de los casos para contraer matrimonio con el que quede libre;

VII.- La fuerza o miedo graves. En caso de raptor, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras esta no sea restituida al lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad;

VIII.- La impotencia incurable para la copula; y las enfermedades crónicas e incurables que sean, además, contagiosas o hereditarias;

IX.- Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refieren la fracción segunda del artículo 450;

X.- El matrimonio subsiste con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.

De estos impedimentos solo son indispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

Otras prohibiciones pueden ser las señaladas en el artículo 57 cuando establece que los actos y actas del estado civil del propio Juez, de su cónyuge, ascendientes y descendientes de cualquiera de ellos no podran autorizarse por el mismo juez; otra prohibición, la señalada por el artículo 2579, indica la prohibición de heredar por testamento al médico que haya asistido al de cujus durante su última enfermedad, así como el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos de profesionista, a no ser que los instituidos sean también herederos legítimos.

Art. 57.- Los actos y actas del estado civil del propio Juez, de su cónyuge, ascendientes y descendientes de cualquiera de ellos, no podrán autorizarse por el mismo Juez, pero se asentarán en las formas correspondientes y se autorizarán por el Juez de la adscripción más próxima.

Art. 2579.- Por presunción contraria a la libertad del testador, son incapaces de heredar por testamento, el médico que haya asistido a aquel durante su última enfermedad, si entonces hizo su disposición testamentaria; así como el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del facultativo, a no ser que los herederos instituidos sean también herederos legítimos.

Similar a la anterior prohibición, es la prevista por el artículo 2580 del Código Civil, que señala la incapacidad para heredar al notario y testigos que intervinieron en el testamento, sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos, y que no determina la excepción de esta prohibición no surte efectos cuando los herederos instituidos sean también herederos legítimos.

Art. 2580.- Por presunción de influjo contrario a la verdad e integridad del testamento, son incapaces de heredar, el notario y los testigos que intervinieron en el, y sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos.

La fracción VI del artículo 2758 prohíbe ser testigo del testamento a los herederos o legatarios, sus descendientes, ascendientes, cónyuges o hermanos.

Art. 2758.- No pueden ser testigos del testamento:

I.- Los empleados del notario que lo autorice;

II.- Los menores de 16 años;

III.- Los que no estén en su sano juicio;

IV.- Los ciegos, sordos o mudos;

V.- Los que no entiendan el idioma que habla el testador;

VI.- Los herederos o legatarios; sus descendientes, ascendientes, cónyuge, o hermanos. El concurso como testigo de una de las personas a que se refiere esta fracción, solo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficia a ella o a sus mencionados parientes;

VII.- Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad;

Otra prohibición es la contenida en el Art. 1176 del Código Civil, que señala que los hijos sujetos a patria potestad solamente pueden vender a sus padres los bienes producto de su trabajo,

Art. 1176.- Los hijos sujetos a patria potestad solamente pueden vender a sus padres los bienes comprendidos en la primera clase de las mencionadas en el artículo 481.

El Código de Procedimientos Civiles, tiene muchas prohibiciones con el motivo de parentesco: Se impide a cualquier magistrado, juez o secretario conocer de los asuntos en que intervengan sus parientes, así como a peritos rendir opiniones en proceso cuando haya parentesco de consanguinidad hasta el cuarto grado.

El Código Penal protege el principio de familia y le da precisamente al parentesco una connotación especial. Se señala como excluyente de responsabilidad; se señala como agravante de los delitos de corrupción de menores, de violación, incesto, parricidio, infanticidio y agravante de traición.

3.1.3. CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL PARENTESCO DE AFINIDAD.

La única consecuencia que produce el parentesco de afinidad, es que impide contraer nupcias entre los afines con los parientes consanguíneos en línea recta del ex-cónyuge; es decir, no puede la mujer contraer nupcias con el suegro, o con el abuelo del ex-marido, etc.

Por otro lado, no produce la obligación de dar alimentos y la prohibición subsiste siempre, aún cuando el vínculo de afinidad haya desaparecido.⁽⁵⁾

(5) PACHECO, Escobedo Alberto, LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO, Edit. Panorama, México, D.F. 1985, p.34

3.2. FILIACION.

3.2.1. DEFINICION DE FILIACION.

La filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación entre los progenitores y sus hijos.

Faustino Gutiérrez nos dice que la filiación es la " relación o parentesco paterno-filial. Puede ser legítima o ilegítima, según que los hijos sean o no habidos de padres y madres unidos en matrimonio."

Alberto Pacheco Escobedo, nos dice: "La filiación es una situación jurídica que deriva de un hecho natural de la procreación".(6)

Ripert y Boulanger nos dicen: " La filiación tomada en el sentido natural del término, es la descendencia en línea directa; comprende toda la serie de intermediarios que vinculan a una persona determinada con un antepasado, por más alejado que sea este; pero en el lenguaje del derecho, la palabra a tomado un sentido mucho más estrecho y significa exclusivamente la relación inmediata del padre o la madre con el hijo. La relación de filiación toma los nombres de paternidad y maternidad según se la mire del lado del padre o de la madre."

"La filiación puede definirse entonces como la relación entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra".

(6) *Idem.* p.178

Planiol nos dice que "la filiación puede significar la descendencia en línea directa, pero en sentido jurídico tiene un significado más restringido, equivalente a relación inmediata del padre o madre con el hijo, de aquí que la relación de filiación se denomine paternidad o maternidad, según se considere del lado del padre o de la madre; y por lo tanto -concluye dicho autor- la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra".

La filiación debe entenderse no sólo como la relación aislada de un hijo con el padre o la madre sino, en forma más completa, como aquella que se da en forma integral y absoluta entre el hijo con los padres, produciendo un doble resultado: "la paternidad y la maternidad, que deben considerarse como los elementos en los que se basa la filiación". Esta, como dice Cicu, debe legitimarse como hecho natural y como hecho jurídico basado en ciertos presupuestos sociales.

Cicu agrega: " El hecho de la procreación interesa al derecho solamente en cuanto da lugar a una relación social especial. Precisamente por esto a de comprobar no el simple hecho de la procreación, sino el vínculo estable y duradero que de ella deriva. No se trata aquí de averiguar como se ha formado históricamente el núcleo familia, ni porque se nos presenta tan vacío en su composición y en su ordenamiento. Interesa solamente a ser notar, como, dada la misión paterna y en consiguientes vínculo espiritual una vez que sean sentidos aquella y esta, no solo por la madre, sino también por el padre, surge

como consecuencia un vínculo estable entre el padre y la madre, que transforman la unión sexual en unión de vidas, en matrimonio. Por ello, cuando se consideren que esa unión establece, es el medio más adecuado para el cumplimiento de los fines de la crianza y educación de los hijos, el derecho que la quiera garantizar debe referirla a su necesario supuesto."

Como se observa, Cicu plantea la necesidad de distinguir o diferenciar la relación de filiación según se haya producido en el seno de una unión estable entre hombres y mujeres, es decir, dentro del matrimonio, o fuera de él.

Si se toma en consideración que la maternidad es un hecho cierto, indubitable, en tanto que la paternidad no lo es (*juris tantum*), y que la forma más segura y rápida de probar la paternidad es por vía del reconocimiento voluntario, cuando la pareja no es casada, porque si lo es se tiene por probada la paternidad, se concluye que la filiación puede surgir de diferentes maneras. Sin perjuicio de lo anterior, también debe considerarse que la filiación no siempre deriva de un lecho biológico, sino que la filiación puede seguir por deseo de una persona que, cumpliendo con los requisitos señalados por la ley, adopta a una persona con la cual surgen vínculos tan sólidos como el derivado del hecho biológico de la concepción. Aquí es donde se origina la distinción terminológica de los conceptos padre y progenitor.

De lo anterior se concluye que existen cuatro clases de filiación:

1. Filiación legítima o matrimonio.
2. Filiación natural o extramatrimonial.
3. Filiación legitimada.
4. Filiación por adopción.

3.2.2. LA FILIACION LEGITIMA O MATRIMONIAL.

Como ya dijimos , la paternidad es, por razones biológicas, una situación que siempre producirá incertidumbre, lo que no sucede con la maternidad, en la que basta con probar que la mujer ha dado a luz un niño y que ese niño procede de ese alumbramiento para que sea hijo de ella. En cambio, la paternidad aparece rodeada de dudas, pues simplemente se entiende o se previene al padre que ha realizado el acto procreador con la madre en el momento probable de la concepción y se le adjudica el carácter de padre solamente por elementos deductivos, por presunciones por no salirse de la línea de lo razonable y por ser la paternidad un elemento indispensable de la vida social, pues bien se sabe que la mayor parte de los hijos nacen dentro del matrimonio; que son parte de la convivencia normal dentro del matrimonio; que son parte de la convivencia normal de los matrimonios y la familia, la forma más aceptada de procreación y que, en mucho, la paz social descansa en estos principios. Partiendo de estos datos sociales y tradicionales, cobra actualidad el viejo aforismo romano que encierra simplemente una presunción con trascendentales efectos jurídicos: "el padre es el marido de la madre". Pero eso no deja de ser simplemente una presunción, ya

que la paternidad no puede ser objeto de una demostración directa, automática e inequívoca que obligue a la ley a decir que son hijos del marido los nacidos dentro del matrimonio.

La filiación legítima o matrimonial "es el vínculo que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres", es decir, que aquél debe ser concebido dentro del matrimonio y no simplemente nacer dentro de él. El nacimiento sí puede darse fuera del matrimonio sin perjuicio de seguir considerando a un hijo como legítimo, pues se da con frecuencia el caso de que, al momento del alumbramiento, los padres se han divorciado, o ha fallecido el padre o se ha declarado nulo el matrimonio. De aquí se concluye que lo que determina la filiación legítima no es el momento del nacimiento sino el de la concepción.

En el caso de nulidad en los matrimonio, aun en las situaciones más extremas, los hijos se reputan como legítimos siempre y cuando hayan sido concebidos durante el matrimonio. Pensemos en el caso de hijos concebidos entre hermanos, o entre madre e hijo o padre e hija, los cuales siempre serán considerados legítimos si fueron concebidos dentro del matrimonio; es decir que los hijos no deben pagar la falta de los padres. Recordemos el artículo 311 del Código Civil que dice:

Art. 311.- El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges

mientras dure; y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado los consortes, o desde su separación, en caso contrario.

El Código Civil en sus artículos 381 y 382 nos dice:

Art. 381.- Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Art. 382.- Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han procedido al nacimiento.

En cuanto a la madre, se exige, la prueba directa que se acredita con el acta de nacimiento o, a falta de ésta, con prueba testimonial acreditado el parto y la identificación del hijo.

Recordando que las pruebas de la filiación son juris tantum, cabe señalar que tanto el progenitor como los hijos, tienen acciones que pueden ejercitar. La del progenitor se llama de desconocimiento o contradicción de la paternidad; la del hijo se conoce como acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio.

Conclusión:

a) El hijo es legítimo cuando la madre lo concibe durante el matrimonio, y se considera como padre al marido de ésta.

b) El marido es padre legítimo cuando su hijo nace durante su matrimonio, 180 días después de su celebración o 300 días antes de su disolución.

c) La acción de desconocimiento de la paternidad sólo debe probar que no lo pudo engendrar, y no que fue en seis o en diez meses, es decir, dentro de los multicitados plazos.

d) El hijo nacido fuera de estos plazos se presume legítimo en tanto no se impugne su estado de ilegitimidad. El padre que ejerce la acción de desconocimiento sólo debe probar que el nacimiento no se dio dentro de esos plazos.

e) La nulidad no opera retroactivamente. No es ilegítimo el hijo aun cuando se haya planteado la demanda estando él ya concebido (artículo 255).

3.2.3. FILIACION NATURAL.

También se le conoce como filiación no matrimonial y así se considera al hijo de mujer concebido cuando no era casada.

Es clara la intención del legislador cuando desaparece de los actos del registro civil todo antecedente de ilegitimidad en el origen del recién nacido. No es correcto que el menor arrastre en el estigma de un error que no cometió, por lo que la ley otorga todas las facilidades para reconocer a los hijos extramatrimoniales cualquiera que haya sido su origen: adulterio, incesto, etcétera, sin que obre constancia de ello en el acta de nacimiento.

El reconocimiento es simplemente una afirmación de la paternidad que puede ser unilateral o bilateral. Este tiene varias características:

- a) Es voluntario
- b) Es personalísimo
- c) Es un acto puro (no sujeto a término o condición)
- d) Es irrevocable
- e) Es retroactivo a la fecha del nacimiento
- f) Puede ser por declaración judicial.

La filiación natural o no matrimonial se puede clasificar en filiación simple, adulterina o incestuosa. Filiación simple es la que encuentra su origen en una pareja que no está casada, pero que al momento de la concepción

no tenía impedimentos para casarse, es decir, que no tenía obstáculo alguno al momento de engendrar al bebé para contraer matrimonio. La filiación es adulterina cuando el padre o la madre están casados con una tercera persona ajena que no es el progenitor, y es incestuosa cuando los padres son consanguíneos entre sí en el grado que la ley impide el matrimonio (ascendiente y descendientes consanguíneos, cualquiera que sea el grado; hermanos y medios hermanos).

3.2.4. FILIACION LEGITIMADA.

"Es aquella que corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante él o éstos los reconocen antes de celebrado, durante el mismo, o posteriormente a su celebración".

La ley hace posible al hijo nacido fuera de matrimonio conseguir el estado de hijo legítimo, especialmente por efecto del matrimonio celebrado entre sus padres (filiación legitimada); pero también, excepcionalmente, y aun faltando el matrimonio, por medio de la legitimación por concesión real.

3.2.5. FILIACION ADOPTIVA.

"En todos estos casos el estado de filiación se basa en el hecho de la procreación del hijo por obra de quienes resultan legalmente sus padres. En la adopción se prescinde de este hecho: se crea una relación entre padre e hijos, sin que éste haya sido procreado por aquél. Pero nos encontramos también

en este caso en presencia de un estado de filiación que tiene caracteres propios y que sólo para ciertos efectos se equipara por la ley al estado de filiación legítima".

3.2.6. CASO DE PRESUNCION DE LA FILIACION.

Recordamos que el artículo 381 señala que se presumen hijos de los cónyuges:

a) Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

b) Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Se desprende de lo anterior que si un hijo nace antes de 180 días de celebrado el matrimonio no tiene la presunción de la legitimidad, pero si casan sus padres y el padre no ejerce ninguna acción judicial para impugnar la paternidad, quedará legitimado. Cabe recordar que lo que le da legitimidad a un menor es el momento de la concepción, sin importar si la madre era o no casada al momento de dar a luz a su hijo, pues en todo caso el que nazca durante 180 días siguientes a la fecha del matrimonio se previene legítimo hasta que el marido niegue la paternidad por la vía legal para tenerlo por ilegítimo.(7)

(7) ELIAS Azar Edgar, Op. Cit. p. 251.

Este principio tiene excepciones, las cuales son señaladas en el artículo 385, que establece bajo qué circunstancias el padre no puede desconocer al hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio; éstas son:

- Si se prueba que antes de casarse supo del embarazo de su futura esposa; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;
- Si acudió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta contiene su firma o declaración de no saber firmar;
- Si expresamente ha reconocido como suyo al hijo de su mujer;
- Si el hijo no nació capaz de vivir.

Transcurridos, pues, los 180 días del matrimonio si el nacimiento es posterior, la presunción de la legitimidad es caso absoluta y solamente podrá ser impugnada por el padre en los términos del artículo 382, siempre y cuando pruebe el progenitor que físicamente le fue imposible tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al matrimonio.

Por el adulterio de la mujer se puede desconocer a un hijo. Nos dice el artículo 383 que el padre no puede desconocer a sus hijos alegando adulterio de la madre, aun cuando ésta declare que no son hijos de su esposo, a menos que oculte el embarazo y el nacimiento o que demuestre que durante los 10 meses que precedieron al nacimiento no tuvieron relaciones sexuales.

La relación con el problema de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos se ha levantado polémica con mucha frecuencia. Por lo que hay que partir de la base que el hijo nacido fuera del matrimonio no es culpable de esta situación, y por lo tanto es correcto cualquier cosa que se haga para que no sea discriminado por el hecho de su nacimiento, otorgándole iguales derechos y obligaciones que sus hermanos y medios hermanos, pero el hecho de su nacimiento extramatrimonial no puede negarse. Es un hecho del que no es responsable, pero lo padece.

Los padres de los ilegítimos deben tener en relación con ellos las mismas obligaciones matrimoniales que con cualquier otro hijo y deben atender a su educación y custodia, ejerciendo sobre ellos la patria potestad, pero que no se olviden que los padres del ilegítimo no se han vinculado y por lo tanto no están obligados a convivir, en ocasiones no pueden convivir.

Por lo tanto, un hijo legítimo tiene derecho a vivir y ser educado en el hogar de sus padres; ese derecho, aunque lo tienen, no puede ser ejercido en el caso de los hijos extramatrimoniales, que sufren así la injusticia que sus padres le hacen al haberlos engendrado fuera de matrimonio.

CAPITULO CUARTO

EL REGIMEN JURIDICO DE LA PATRIA POTESTAD

SUMARIO

4.1. Definición de Patria Potestad. 4.2. Antecedentes de la Patria Potestad. 4.3. La Patria Potestad en el Código Civil Vigente. 4.4. Sujetos de la Patria Potestad. 4.5. Efectos de la Patria Potestad. 4.6. Modos de Terminar y Suspender la Patria Potestad.

4.1. DEFINICION DE PATRIA POTESTAD.

Patria Potestad.- Viene esta expresión del latín patrius, a, um, lo relativo al padre, y potesta, potestad.(1)

El maestro Rafael de Pina la define como el conjunto de facultades que suponen también deberes conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y a sus bienes.(2)

El Código Civil Español, por su parte, define a la patria potestad como el "conjunto de los derechos de los padres respecto de las personas y bienes de sus hijos menores no emancipados."

Colin y Capitant la define como el "conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la patria, persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados."

Planiol la define como "el conjunto de los derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales".

Alberto Pacheco Escobedo, la define, como: "conjunto de facultades jurídicas necesarias para el servicio que deben realizar los padres a favor de

(1) DE IBARROLA Antonio, DERECHO DE FAMILIA, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. p. 441

(2) DE PINA Vera Rafael, DICCIONARIO DE DERECHO, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F. 1994. p.400

los hijos con el objeto de cumplir su obligación natural de criarlos y educarlos.

La patria potestad por lo tanto es una institución que se deriva directamente del derecho natural, y es la manifestación en el derecho positivo, de esa obligación que tienen los padres de educar a los hijos mantenerlos mientras no se basen así mismos, y la obligación que tienen los hijos de respetar y de obedecer a sus padres, así como de recibir la educación que estos puedan proporcionarles.⁽³⁾

Como puede observarse, la patria potestad se ocupa de las relaciones que existen entre padre y madre con el hijo, relaciones que son ejercitadas conjunta o separadamente después de la filiación queda determinada.

4.2. ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

Patria Potestad es un término incorrecto que la ley ha adoptado por tradición. La "patria" o padre o pater tenía un poder absoluto sobre los bienes y patrimonio de los hijos y su poder no era compartido con nadie. Ahora, después de una larga evolución jurídica, ese concepto de "patria" no existe. El poder es dividido entre el padre y la madre, quienes lo ejercen conjuntamente, y su ejercicio está limitado en la ley; además, por ausencia de los padres, pueden ejercerlo los abuelos. La patria potestad, que es el poder o facultad de disposición atribuida a alguien sobre otra persona y sobre sus bienes, en el

⁽³⁾PACHECO Escobedo Alberto, LA FAMILIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO, Edit. Panorama, México, D.F. 1985, p. 145

concepto moderno de patria potestad no es entendible en estos términos ya que, como se dijo con anterioridad, no es absoluta y se encuentra regulada y controlada por la ley.

La patria potestad es definida por el derecho romano como el "poder jurídico que el paterfamilias tiene sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, descendientes legítimos de los varones dependientes a ella, extraños ingresados a la familia por adopción o arrogación y sobre los hijos naturales legitimados. Originalmente se le considero como un poder absoluto en favor del padre, evolucionando progresivamente sin perder el carácter de potestad sobre las personas y bienes de los sometidos".

Originalmente la potestad era la jefatura doméstica que el paterfamilias ejercía en forma absoluta sobre los miembros de una familia.

"La evolución posterior del derecho romano, del derecho común y del derecho moderno han transformado, del mismo modo que la familia patriarcal, el sentido de la patria potestad, que hoy se considera como función social y como un conjunto de poderes enderezados al cumplimiento de los deberes y obligaciones que la ley impone a los progenitores. Esos poderes no conforman en sentido técnico un derecho subjetivo, por que el derecho subjetivo es de libre ejercicio y se da en interés de quien lo ostenta, mientras que aquéllos son instrumentales, enderezados al interés de otro y estrechamente ligados con el cumplimiento de deberes de sus titulares.

"De todo lo que acabamos de decir, resulta que como institución básica del orden social familiar, la patria potestad es de orden público. De ello se desprende su intransmisibilidad e imprescriptibilidad".

Como se ve, la patria potestad no está considerada como un derecho subjetivo fincado con base en el interés particular de una persona, sino en derechos y obligaciones en los que también se atienden los intereses de otra persona, que es el menor o incapacitado sujeto a la patria potestad, por lo que con ésta, aparejados a los derechos, siempre existirán obligaciones.

En el derecho germánico encontramos un antecedente importante del concepto moderno de patria potestad: la *mund*, que tuvo un carácter tuitivo (que define, ampara, protege) como lo tiene actualmente. El poder de los padres era compartido y no era vitalicio, como sucedía en algunos casos en el derecho romano.

La España de la Edad Media recoge la *mund* germánica sin atender en este capítulo al derecho romano que, como se vio, era muy drástico y excluía a la mujer de ese ejercicio.

4.3. LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE.

CARACTERISTICAS.

El Código Civil de 1928 establece que la patria potestad es ejercida conjuntamente por el padre y la madre, a falta de estos por los abuelos paternos

o el que sobreviva, y en ausencia de estos últimos por los maternos o el que sobreviva.

La patria potestad es un cargo estrictamente privado de interés público, irrenunciable, intransferible, temporal, excusable y fuera del comercio.

a) CARGO DE INTERES PUBLICO.

El deber de los padres es velar por el interés y educación de los hijos y darles protección a éstos. Es un conjunto de obligaciones, cuyo cumplimiento no se deja al arbitrio de las partes y que, aun cuando la ley las considera derecho subjetivo, no pueden ser modificadas por los particulares. Así, son de interés público, no son modificables y ponen en su carácter de públicos las características de la obligatoriedad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, temporalidad y excusabilidad.

b) IRRENUNCIABLE.

El artículo 501 del Código Civil resuelve el tema y nos señala determinadamente: "la patria potestad no es irrenunciable "; sólo son renunciables "los derechos privados que no afecten directamente el interés público", es decir, cuando la renuncia no perjudica derechos de terceros.

La razón de lo irrenunciable de su ejercicio esta implícitamente contenida en la propia obligación de naturaleza pública que pretende proteger a

los menores, no dejándolos en estado de abandono, de manera que, por efectos de la filiación, siempre exista alguien que vea por ellos. Aquí encontramos apoyos para señalar el carácter público de esta obligación.

Art. 501.- La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla, pueden excusarse:

I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos;

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

c) INTRANSFERIBLE.

Salvo el caso de la adopción, en que la patria potestad que se ejerce sobre un menor puede ser transferible a otra persona, no existe a ninguna vía para que un padre pueda transmitir esta obligación a otra persona, debe ejercerla personalísimamente y sólo por muerte o incapacidad puede extinguirse para que otro la ejerza.

d) IMPRESCRIPTIBLE.

La patria potestad no sufre modificación alguna por el transcurso del tiempo, es decir que si una persona realiza funciones del padre por algún tiempo, cualquiera que sea éste, o deje de realizarlas, no adquirirá ni perderá la patria potestad del menor. La patria potestad se adquiere por la filiación

o la adopción, y el transcurso del tiempo en nada influye ni para adquirirla ni para perderla. La ley tiene su orden para ejercerla: los padres la ejercen en primer lugar, a falta de ellos los abuelos paternos, en ausencia de éstos los maternos, y a falta de todos es el juez de lo familiar quien decidirá (artículo 468).

Art. 468.- La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

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

Sobre los hijos adoptados, solamente ejercerá la patria potestad la persona que lo adopte, sin que en ningún caso esa adopción surta efectos en relación con los abuelos o demás parientes del adoptante.(4)

e) TEMPORAL.

La patria potestad subsiste mientras tenga el menor menos de 18 años de edad, es decir, mientras alcance la mayoría de edad, o contraiga nupcias y cobre la calidad de emancipado o, tratándose de incapacitados, mientras dure este estado.

Los artículos 694 y 695 nos dicen.

Art. 694.- La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

(4) Idem. p.147

Art. 695.- El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

f) EXCUSABLE.

La ley no admite la renuncia en la patria potestad, pero sí la excusa en los términos del artículo 501 cuando quien deba ejercitarla tenga 60 años cumplidos o cuando por su mal estado habitual de salud no pueda atender debidamente su desempeño. Cabe señalar que aun cuando una persona tenga 60 años de edad y una salud precaria, es facultad de ésta excusarse para ejercer la patria potestad de un menor, pero nunca una obligación.

g) FUERA DE COMERCIO.

Los derechos y deberes de la patria potestad no pueden ser objeto de operaciones mercantiles o civiles de contenido económico. No pueden ser objeto de comercio o permuta o cualquier otro contrato ni sujetarse a transacciones ni compromiso arbitral en los términos del artículo 2441.

Art. 2441.- No se puede transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre la validez del matrimonio.

4.4. SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Los sujetos de la patria potestad pueden ser activos o pasivos, según corresponda al que ejerce el cargo o al que se encuentra bajo el control y autoridad del otro.

Los sujetos activos de la patria potestad son.

- a) Los padres conjuntamente o el que sobreviva. A falta de éstos:
- b) Los abuelos paternos o el que sobreviva. A falta de éstos:
- c) Los abuelos maternos o el que sobreviva. A falta de éstos:
- d) El juez designará un tutor (tutela dativa).

Los sujetos pasivos de la patria potestad son:

- a) Los hijos.
- b) Los nietos, etcétera.

Debe recordarse que sólo están sujetos a la patria potestad los menores de edad o los mayores incapacitados. En este último caso, la patria potestad se extingue cuando cesa la incapacidad.

Lo anterior se aplica para que los hijos legítimos. Pero ¿qué sucede con los hijos habidos fuera del matrimonio? El artículo 469 nos dice que cuando los dos progenitores han reconocido al hijo fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

a) Que los padres se pongan de acuerdo sobre cuál de los dos ejercerá su custodia; si no lo hiciera:

b) 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, conforme a lo que se menciona a continuación:

c) En caso de conflicto ejercerá la custodia quien primero lo haya reconocido, salvo convenio en contrario 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.

Lo anterior en los términos de los artículos 436 y 437 del Código Civil.

Art. 436.- 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 hiciere, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá los que creyere más conveniente a los intereses del menor.

Art. 437.- 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 modificarlo el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

De la lectura de este último artículo se desprende que existe el reconocimiento sucesivo de los padres que no viven juntos, es decir cualquiera de ellos puede reconocerlo primero y más tarde el otro; cabe señalar que lo lógico es que primero lo reconozca la madre y luego el padre; si ésta no hace el

el señalamiento de quién es el padre, aunque este último lo quisiera reconocer se encontrará impedido para hacerlo, es decir ya se dijo, sin este requisito la paternidad en función de ese menor no podrá existir jurídicamente.

4.5. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad tiene efectos de diversa naturaleza que la ley y la ética establecen.

a) Efectos de contenido ético de la patria potestad.

El artículo 465 nos dice:

Art. 465.- Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Los hijos, en el marco del hogar y de la patria potestad, le deben respeto y obediencia a los padres y así lo reconoce la ley. Cabe observar que el precepto antes citado carece de sanciones en caso de incumplimiento.

Este respeto y obediencia hacia los ascendientes es el fundamento ético de las relaciones sociales en su más primitiva formación; es la génesis propia del concepto de familia y del principio de unidad. Nada puede darse, en el sistema jurídico y social, sin sociedad y sin familia. Esta pues, encuentre su principal elemento de sobrevivencia en la honra de los padres, el respeto y la obediencia, que es lo que verdaderamente la consolida y la proyecta.

Otro ingrediente de carácter ético es aquel que prohíbe al hijo sometido a la patria potestad, dejar la casa de sus padres sin la autorización de ellos o sin el permiso de la autoridad competente conforme a la ley en los términos del artículo 475 del Código Civil. A contrario sensu se concluye la obligación del menor de vivir siempre con sus padres o abuelos, según el caso, en el domicilio que tengan éstos establecido.

Art. 475.- Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrán dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

b) Efectos jurídicos de la patria potestad en los padres.

Son varios los efectos de la patria potestad en la persona de los padres:

I.- Representación judicial y contractual en los términos del artículo 478, que nos dice:

Art. 478.- El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional decenso, resolverá el juez.

Hay que poner especial cuidado en la última parte del artículo, que ante el "disenso" entre los padres, permite que este conflicto pueda ser llevado al juez para que se resuelva.

II.- Alimentar y educar a los menores sujetos a la patria potestad en los términos de los artículos 357 y 476 del Código Civil, que nos dice:

Art. 357.- Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.

Art. 476.- A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas de que se trata no cumplen esta obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

III.- Corregirlos y darles buen ejemplo en los términos del artículo 477 del Código Civil, que a la letra nos dice:

Art. 477.- Para los efectos del artículo anterior los que ejerzan la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente.

Las autoridades, auxiliarán a los padres en el ejercicio de esta y de las demás facultades que les concede la Ley, de manera prudente y moderada, siempre que sean requeridas para ello.

Particular consideración merece la reflexión de este artículo, que señala el deber de corregir y darles buen ejemplo a los hijos. ¿Puede un padre en ejercicio de la patria potestad y con la intención de corregir, inferirle lesiones a un menor?

Recordaremos que el artículo en comento señala que los padres ... "tienen la facultad de corregirlos". Con anterioridad a la reforma señalada, se eliminó la palabra "castigar".

El Código Penal por su parte nos menciona en el artículo 215:

Art. 215.- Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pulidos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos.

De lo anterior se concluye que cualquier lesión infligida a un menor intencional o inintencional, en ejercicio del derecho de corrección por quienes ejercen la patria potestad, es punible y, en consecuencia, se puede sujetar a proceso a los progenitores o ascendientes, en su caso.

IV.- Darles un domicilio en los términos de los artículos 32, fracción I y 362 del Código Civil, que nos dicen:

Art. 32.- Se reputa domicilio legal:

I.- Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto;

II.- Del menor que no esté bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, es de su tutor;

III.- De los militares en servicio activo, el lugar en que están destinados;

IV.- De los empleados públicos, el lugar donde desempeñan sus funciones por más de seis meses. Los que por tiempo menor desempeñen alguna comisión, no adquirirán domicilio en el lugar donde la culpen, sino que se conservarán su domicilio anterior;

V.- De las sentencias a sufrir una pena privativa de la libertad por más de seis meses, la población en que la extingan, por lo que toca a las relaciones jurídicas posteriores a la condena; en cuanto a las relaciones anteriores, los sentenciados conservarán el último domicilio que hayan tenido.

Art. 362.- Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria de alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Como puede verse, por alimentos se debe tomar la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad, así como los gastos necesarios para la educación.

V.- Son responsables civiles de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos, en los términos de los artículos 1409 y 1410 del Código Civil.

Este último artículo nos dice:

Art. 1410.- Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior cuando los menores que ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etc., pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata.

c) Efectos de la patria potestad en los bienes del menor.

En relación con los poderes patrimoniales que los padres pueden ejercer sobre sus hijos en ejercicio de la patria potestad, podemos dividirlo en dos grupos: tienen la obligación de representarlo y tienen la obligación de administrar sus bienes.

La patria potestad termina, según se deduce del artículo 694, cuando el menor alcanza la mayoría de edad, y es en este momento y no antes, a menos

ESTA TESIS NO DEBE
SER DE LA BIBLIOTECA

que éste emancipado, cuando puede disponer "libremente" de su persona y sus bienes. Los ascendientes, mientras éste es menor de edad, son los encargados de administrar sus bienes, conforme a lo dispuesto por la ley, y representan a los hijos en juicios y en la realización de contratos (artículos 479 y 480 del Código Civil).

Art. 479.- Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código.

Art. 480.- En el caso del artículo anterior, el representante no podrá celebrar ningún arreglo para terminar un juicio en que sea parte el menor sino es el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

Art. 694.- La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

La representación que tienen los padres en relación con su hijo, los actos que aquellos realicen legítimamente sobre el patrimonio de éste, no vínculos a los padres, sino que exclusivamente surte efectos jurídicos en relación con el hijo. Esto es una característica de toda representación.⁽⁵⁾

MANEJO DE LOS BIENES DEL MENOR.

(5) Idem p.152

Para los efectos de nuestro estudio debemos distinguir el origen de los bienes del menor:

I.- Si el menor adquiere bienes como producto de su trabajo, tendrán el derecho del usufructo y de la administración, pero no podrán disponer de ellos hasta que alcance la mayoría de edad o cuente con el consentimiento de los padres y del juez de los familiar (artículo 490).

Art. 490.- Siempre que el juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó, y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Al efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él, sin orden judicial.

II.- Si el menor obtiene el bien por otro concepto (juego de azar, herencia, legado), desde luego la propiedad es del menor, pero no podrá administrarlo. De los frutos que éste produzca tendrá derecho al 50 por ciento y el otro 50 por ciento le pertenecerá a la persona que ejerce la patria potestad.

Así, nos dice el artículo 481:

Art. 481.- Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:

I.- Bienes que adquiriera por su trabajo;

II.- Bienes que adquiriera por cualquiera otro título.

El artículo 482 nos dice que los bienes de la primera clase, refiriéndose a la fracción I del artículo antes citado, o sea, los que adquiriera por su trabajo, pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo, con la salvedad de que no los podrá vender.

En lo que se refiere a la segunda clase, o sea a la fracción II, que son los bienes que el menor "adquiera por cualquiera otro título" (juegos de azar, herencia o legado), le pertenecen (artículo 483), la propiedad y la mitad del usufructo: "la administración y la otra mitad del usufructo comprenden a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezcan al hijo o que se destine a un fin determinado se estará a lo dispuesto."

El derecho al 50 por ciento del usufructo de los bienes del menor, es renunciable en los términos del artículo 484 del Código Civil, que a la letra nos dice:

Art. 484.- Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda.

Como ya se dijo, los bienes del menor no pueden ser enajenados, a menos que haya una absoluta necesidad, y sea la enajenación de indudables beneficios para el menor, en cuyo caso el juez de lo familiar aprobará la operación previo procedimiento de autorización judicial.

Además de lo anterior, los que ejercen la patria potestad no podrán:

- a) Celebrar contrato de arrendamiento por más de cinco años.
- b) Vender valores comerciales, industriales o ganado en menor precio que el cotizado en el mercado el día de la venta.
- c) Hacer donaciones de los bienes de los hijos.
- d) Perdonar deudas constitutivas en favor del menor.
- e) Dar fianza en representación de los hijos.

4.6. MODOS DE TERMINAR Y SUSPENDER LA PATRIA POTESTAD.

Recordemos que la patria potestad no se puede renunciar y sólo puede ser objeto de dispensa cuando quien deba ejercitarla que le impida cumplir con este deber.

Así, se reconocen tres formas que afectan la patria potestad:

- a) La suspensión.
- b) La pérdida.
- c) La extinción.

a) Suspensión de la patria potestad.

La patria potestad se suspende:

- 1.- Cuando quien deba ejercitarla sea declarado incapaz;
- 2.- Por la ausencia declarada en términos del Código Civil;
- 3.- Por la sentencia del juez que imponga la suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad.

b) La patria potestad se pierde:

1.- Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando sea condenado dos o más veces por delitos graves;

2.- En los casos del divorcio, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 283 del Código Civil en el sentido de que con la sentencia que se dicte en dicho juicio se 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 del Código Civil 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;

3.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandonos de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeron bajo la sanción de la ley penal;

4.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

c) La patria potestad se extingue:

1.- Cuando muere el que la ejercita y no hay con quién sustituirlo;

2.- Por la emancipación;

3.- Por la mayoría de edad.

Cierto que a la mayoría de edad termina la patria potestad, pero no la relación de padres e hijos, ni el parentesco, lo que se expresa en el Código Civil que establece que " los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes". también subsisten las obligaciones alimenticias del parentesco.(6)

(6) CHAVEZ, Asencio Manuel F., DERECHO DE FAMILIA Y RELACIONES JURIDICAS FAMILIARES, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F. 1980 p. 173.

CAPITULO QUINTO

PROBLEMÁTICA JURÍDICA DERIVADA DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

SUMARIO

5.1. Planteamiento del Problema, el Titular en el Ejercicio de la Patria Potestad. 5.2. Formulación de Hipótesis de Trabajo. 5.3. Conclusiones Propuestas por la Sustentante.

5.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. EL TITULAR EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

Como ha quedado dicho, la Patria Potestad, es una institución protectora de la persona y bienes de los hijos menores de edad, no emancipados, que nacen de la filiación.

Su ejercicio corresponde en primer término a los progenitores, es decir, al padre y a la madre del menor; y a falta de estos, a los demás ascendientes por la línea paterna y por la línea materna, a falta de padres y abuelos paternos. Este orden queda perfectamente establecido en nuestro Código Civil vigente en el Estado de Guanajuato, mismo que literalmente señala:

Art. 468.- La Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce.

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

Si viven separados se observará en su caso lo dispuesto en los Arts. 436 y 437.

En complemento a lo anterior, nuestro Código Civil vigente en el Estado, también reglamenta la hipótesis del ejercicio de la Patria Potestad respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio, siempre y cuando los haya

reconocido. En tal supuesto, se prevén diferentes supuestos jurídicos: Si los padres viven juntos ambos serán titulares en el ejercicio de la Patria Potestad; cuando vivan juntos pero se separen, ambos conservarán la titularidad de la Patria Potestad, y la ejercerán de común acuerdo, en caso contrario, el Juez resolverá a quien corresponde su ejercicio, tomando en cuenta los intereses de los hijos.

Lo anterior puede entenderse sin la mayor dificultad de la lectura de los siguientes artículos del Código Civil para el Estado de Guanajuato:

Art. 469.- Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Art. 471.- Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivan juntos se separen, continuaran ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre este punto, el progenitor, que designe el Juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

Por otro lado, la ley substantiva civil reglamenta también la hipótesis del hijo adoptivo, disponiendo que este estará sujeto a la patria potestad respecto de las personas que lo adoptan. Art. 473.- La Patria Potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.

Finalmente la legislación civil vigente en el Estado de Guanajuato regula los diferentes supuestos jurídicos que se pueden dar con relación a los

hijos nacidos fuera de matrimonio, precisando las consecuencias de derecho para cada caso.

En este sentido se establecen que cuando los padres que no vivían juntos hubieran hecho el reconocimiento del hijo en el mismo acto, se pondrán de acuerdo, cual de los dos ejercerá sobre el la patria potestad, y si no lo hicieran el Juez de Primera Instancia de lo Civil resolverá lo más conveniente para el menor con audiencia del Ministerio Público.

Estableciendo, además, que en caso de que los padres hayan reconocido al hijo en actos diversos ejercerá la patria potestad el progenitor que hubiere sido primero en orden, a menos que convinieran lo contrario, siempre y cuando no se viole el interés público.

Art. 436.- Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá sobre el la patria potestad, y en caso de que no lo hicieren, el Juez de Primera Instancia de lo Civil, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

Art. 437.- En caso de que el reconocimiento se efectuó sucesivamente por padres que no vivan juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de Primera Instancia de lo Civil no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del

Ministerio Público.

Así pues, como se podrá observar, las reglas para determinar la titularidad en el ejercicio de la patria potestad parecen ser totalmente claras; sin embargo, en la práctica se presentan pequeños problemas de enorme complejidad, al momento de determinar con base a derecho, si la representación corresponde a todos los casos y por regla general a los dos titulares en forma conjunta o bien, dependiendo de las circunstancias particulares a cada caso concreto, si la representación puede recaer indistintamente en uno o en otro de los titulares.

Lo anterior aunque parezca simple, el Código Civil no prevee de manera expresa su solución, de tal manera que al existir conflicto de intereses, al manifestarse la oposición en ciertos casos que por su urgencia reclaman una resolución pronta y expedita someten la problemática a la interpretación del juzgador o autoridad administrativa, que cuando es de criterio reducido, se abstienen de resolver o comprometen su resolución por influencia afectiva, todo ello en perjuicio de la seguridad y certidumbre jurídica. Es por ello que nos proponemos en este punto enunciar planteamiento del problema, con la finalidad de buscar una solución justa que nos permita, en su caso, proponer las reformas y adicciones necesarias al Código Civil vigente en el Estado de Guanajuato.

5.2. FORMULACION DE HIPOTESIS DE TRABAJO.

a) Su Naturaleza.

La Patria Potestad, se traduce precisamente en el poder que ejercen los padres sobre los hijos menores no emancipados, en relación a la educación, representación y administración del patrimonio de los mismos. Así entendida la Patria Potestad, es el conjunto de facultades jurídicas necesarias para el servicio que deben realizar los padres a favor de sus hijos con el objeto de cumplir con su obligación natural de criarlos y educarlos.(1)

La Patria Potestad responde a la obligación natural del padre de proporcionar educación a su hijo y a la necesidad también natural que tiene el hijo, de ser protegido por su padre mientras no pueda bastarse por sí mismo. La naturaleza no tiende solamente a la generación de la prole sino también, a su educación y promoción al Estado, perfecto del hombre en cuanto hombre que es el Estado de virtud.

La Patria Potestad por tanto es una institución que se deriva directamente del derecho natural, y es la manifestación en el derecho positivo, de esa obligación que tienen los padres de educar a sus hijos, mantenerlos mientras no se basten a sí mismos, y la obligación que tienen los hijos de respetar y obedecer a sus padres, así como de recibir la educación que estas pueden proporcionarles es de derecho natural que el hijo antes de haber alcanzado el uso de la razón, esté bajo el cuidado de sus padres, por consiguiente, iría contra la justicia natural que el hijo, antes de haber alcanzado el uso de razón, fuese sustraído al cuidado de los padres o que se dispusiera de él contra la voluntad de los mismos. El derecho positivo vigente,

(1) PACHECO, Escobedo Alberto, LA PERSONA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO, Edit. Panorama, México, D.F., 1981 p.146

tanto en el Distrito Federal como en nuestro Estado de Guanajuato y en los demás Estados de la República Mexicana, prudentemente alargan el ejercicio de la patria potestad más allá de la edad en que el hijo tiene uso de razón, concretamente hasta los dieciocho años cumplidos.

La educación puede considerarse de un modo activo o de un modo pasivo, es decir como la actividad de educar a otro y como la recepción o adquisición de la educación por uno mismo o ayudado por otro. De aquí que el derecho a la educación tenga dos aspectos: El derecho de todo hombre ha ser educado o que se le proporcionen los medios de adquirir la educación y el derecho de determinadas personas a educar a otros, a dar a esos otros una educación.(2)

En ambos sentidos debe entenderse la educación en el contexto de la patria potestad, está como servicio que es a favor del hijo abarca el derecho del hijo a ser educado por sus padres y a que le sean proporcionados los medios necesarios para adquirir esa educación; este derecho del hijo tiene la correlativa obligación de los padres a proporcionarles esa educación y los medios para adquirirla.

También consiste la patria potestad en el derecho que tienen los padres a ser ellos quien eduquen a sus hijos, o aquellas personas a quien ellos confían algunos aspectos de esa educación con la exclusión de cualquier interferencia que quisiera hacerse en dicha ocasión contra la voluntad de los

(2) GARCIA, López Jesús Ob. Cit., Pacheco, Escobedo Alberto, Ob. Cit. p.146

padres viniere de donde viniere.

El derecho de los padres a educar ellos a sus hijos, es superior a cualquier derecho que puede aducirse por parte de la sociedad, el estado o cualquier otra entidad, sociedad o persona. A este derecho de los padres corresponde la obligación de los hijos a ser educados a ellos, en la forma que lo vean más conveniente, siempre y cuando la educación que pretendan dar los padres no valla contra la naturaleza, o la dignidad propia de toda persona humana, pues el derecho a educar se establece en bien del hijo, no es su perjuicio.

Como la patria potestad nace de la filiación, es más propio estudiar está dentro del derecho de las personas que dentro del derecho de la familia, ya que la patria potestad no se deriva de situaciones familiares, puesto que en ocasiones se ejerce sobre hijos habidos fuera de la familia legítima o aún de la familia natural, y que sin embargo, existiendo la relación de filiación, existe el deber de educar, mantener y representar, aún cuando el hijo no forme parte de la familia del progenitor. En otros términos, la patria potestad no deriva del matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones naturaleza paterno filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él.

Lo anterior, nos lleva a plantear la siguiente hipótesis:

¿ Cuáles son los alcances y límites de la patria potestad con motivo del convenio derivado del divorcio voluntario respecto a los menores hijos ?

De acuerdo con el planteamiento anterior, desde nuestro punto de vista muy personal no creo que se trate de un problema propiamente legal, sino más bien de una deficiente interpretación de dos instituciones jurídicas muy importantes, como lo son la custodia y la patria potestad.

En efecto, resulta demasiado frecuente, que con motivo del divorcio voluntario se formulen cláusulas no muy claras dentro de los convenios que se pactan por los cónyuges para otorgarse el derecho a la custodia con relación a sus menores hijos, de tal forma que su deficiente redacción permita equivocadamente interpretar, que el hecho de conceder esta en favor de uno de los padres implica necesariamente la pérdida de la patria potestad para el otro impidiéndole el ejercicio de los derechos inherentes a ella, lo cual es absolutamente erróneo.

Efectivamente, cuando en el juicio de divorcio voluntario se hace declaración sobre la custodia de los hijos menores, como consecuencia de las cláusulas pactadas en el convenio, la declaración que concede la custodia en favor de alguno de los padres, no implica nunca para quien no la obtuvo, la pérdida de sus derechos a ejercer la patria potestad, por su pérdida solamente puede ser materia de sentencia ejecutoriada en un juicio contencioso, por tal razón mientras esto no suceda no hay motivo para confundir la patria potestad con la custodia.

En conclusión a juicio nuestro no resulta necesario ninguna modificación a la ley sino más bien, un ejercicio más profesional tanto de los abogados de las partes como de los juzgadores para exigirse recíprocamente reglas totalmente claras y precisas que no dejen lugar a dudas al momento de formular las cláusulas en los convenios que firman los esposos con motivo del divorcio voluntario.

b) Quienes y sobre quienes se ejerce la patria potestad.

La patria potestad sobre los hijos legítimos, se ejerce por ambos padres conjuntamente. A falta o por imposibilidad de uno de los padre se ejerce la patria potestad el que sobreviva y a falta o impedimento de ambos ejercerán la patria potestad los abuelos paternos y a falta o impedimento de ambos los abuelos maternos, en el orden que establece en el Código Civil, orden con el cuál desde ahorita mifestamos nuestra inconformidad, por considerar que no existe ninguna razón lógica, ni jurídica para ello. De la misma forma procederemos respecto del dispositivo legal que da preferencia al ascendiente varón para representar y administrar los bienes del menor por considerar que esto ya no es acorde con la época que vivimos.

Sobre los hijos legitimados, la patria potestad se ejerce por ambos padres en forma idéntica a los hijos legítimos.

En relación con los hijos naturales, cuando estos son reconocidos por uno solo de sus progenitores este ejercera la patria potestad, y si

posteriormente le reconoce también el otro progenitor la ley distingue para el caso de que ambos vivan juntos o vivan separados. Si no viven juntos, acordaran entre ellos quien ejerce la patria potestad, y en caso de no lleguen a un acuerdo, la ejercerá el primero que hubiere reconocido. Si no viven juntos y ambos reconocen en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejerce la patria potestad y en caso de que no se llegare a ese acuerdo, el juez designará quien continúa en el ejercicio de la patria potestad, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

Sobre los hijos adoptados, solamente ejercerá la patria potestad la persona o personas que lo adopten, sin que ningún caso es adopción surta efectos con los abuelos o los demás parientes del adoptante.

En virtud de que la patria potestad es un oficio de interés pública se ejerce en beneficio de los hijos menores, no es renunciable. Además, como se trata de un derecho y una obligación basados en el derecho natural, es lógico que los progenitores no puedan desentenderse de esta. La ley solo admite dos casos extremos, en los cuales existen causas justificadas para excusarse de ejercer la patria potestad: cuando el que tenga que ejercerla sea mayor de sesenta años, o cuando su mal estado habitual de salud le impida el debido desempeño de la patria potestad. Además la patria potestad no puede clasificarse dentro de los derechos subjetivos privados que pueden cederse o renunciarse, pues es otra la naturaleza jurídica de la misma.

Por otro lado, en relación con los poderes personales sobre el hijo, podríamos sintetizarlo en estos cuatro rubros: los padres que ejercen la patria potestad debe custodiar, crear, educar y dar profesión.⁽³⁾

Para ayudarles a cumplir su deber de custodiar al menor, la ley le otorga a los padres el derecho de que los hijos vivan en el domicilio del padre. Así, es domicilio legal del menor que este sujeto a la patria potestad, el de la persona que sobre de ella ejerce.

En efecto, de acuerdo a derecho, 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; en su aspecto negativo, el deber de custodiar puede implicar responsabilidad civil para los padres, pues los que ejercen la patria potestad deben de responder de los daños y perjuicios causados por los menores y que estén bajo su custodia y que habiten con ellos.

Hay que tener en cuenta, que el deber de custodiar a los menores por parte de sus padres, deben de enfocarse en todas las distintas direcciones que pueden presentarse deben cuidar de él para que el mismo no se perjudique y para esto tienen derecho imponerle las sanciones que juzguen convenientes; deben de custodiarlo para que terceras personas no le perjudiquen, o para que él no ejerza tampoco ningún acto dañino contra terceros. La negligencia en cualquiera de estos deberes puede implicar responsabilidad jurídica para los padres.

(3) PACHECO, Escobedo Alberto, La Persona en el Derecho Civil, Edit., Panorama, México, D.F. 1992 p. 149

Por otra parte, la ley considera a los padres como los primeros obligados a dar alimentos a sus hijos. Esta obligación comprende no sólo la comida, habitación, el vestido y la asistencia en casos de enfermedad, sino también la obligación correspondiente al derecho que tiene el hijo a vivir en la casa paterna.

Dentro del deber de educación, que debe darse en un sentido amplísimo, se comprenden los gastos necesarios para la educación primaria y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias.

Como consecuencia de todo lo anterior cabe plantear la siguiente interrogante, casi siempre derivada de conflictos conyugales ¿ para el caso de oposición de uno de los padres, para que el otro en ejercicio de la patria potestad, disponga sacar del territorio nacional a su menor hijo, cuál criterio debe de prevalecer ?

En el caso concreto, debemos reconocer que dicho supuesto no se encuentra contemplado por la norma jurídica, lo cual da lugar a opiniones encontradas, donde por una parte se defiende la idea de que todas las decisiones en el ejercicio de la patria potestad deben tomarse en forma conjunta por ambos padres, de acuerdo a una interpretación estrictamente literal de la obra, y por la otra también se defiende la idea de que en tal hipótesis deberá respetarse la postura del padre que tiene bajo su cuidado al menor. En esa tesitura, por

nuestra parte, no compartimos ni una ni la otra de las tesis expuestas, pues en ambos extremos se corre el riesgo de caer en el subjetivismo y emitir una resolución injusta, más bien y considerando la propia naturaleza de la patria potestad, como algo natural a la persona humana, por una parte y como un oficio público por la otra; cremos que debe procederse al análisis cuidadoso de cada caso en particular y decidir finalmente con justificación a lo que resulte más benefico para el menor, que finalmente es la razón de ser de dicha institución por estar en estado de necesidad de protección, dada su precaria edad biológica y mental, dejando en segundo plano los intereses de los padres, que a fin de cuentas están obligados a no atentar contra el orden público y menos en perjuicio de sus menores hijos.

c).- La representación legal derivada de la patria potestad respecto de los bienes del menor.

En relación con los poderes patrimoniales que los padres pueden ejercer sobre sus hijos en ejercicio de la patria potestad, podemos dividirlos en dos grupos: La obligación de representarlo por una parte, y por la otra, la obligación de administrar sus bienes.

Los padres son los representantes naturales de los hijos cuando están sujetos a la patria potestad. Así lo establece expresamente la ley de la materia "El que esta 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", o bien "Los que ejercen la patria potestad son los legítimos representantes de los que están bajo de ella por lo tanto los padres que ejercen la patria potestad no necesitan mas justificación que la prueba de filiación la prueba de la minoría de edad del hijo para acreditar su carácter de representantes de su hijo y poder ejercer en nombre de este.

Todos los actos que la ley autoriza realizar a los que ejercen la patria potestad. Ambos extremos deben probarse con las actas de Registro Civil correspondientes. Sera bastante para probar la minoría de edad del hijo y la filiación en relación con sus padres el acta de nacimiento del incapaz y cuando fuere necesario, el acta de reconocimiento por parte de alguno de sus progenitores. Si además quiere probarse la legitimidad del hijo, deberá exhibirse también el acta de matrimonio de sus padres.

En virtud de la representación que tienen los padres en relación con su hijo, los actos que aquellos realicen legítimamente sobre el patrimonio de este, no vinculán a los padres si no que exclusivamente surten efectos jurídicos en relación con el hijo. Esta es una de las características de toda representación, al hablar de la representación del padre, es necesario recordar que nos estamos refiriendo a una representación legal, o sea una representación en la cuál los orígenes y límites del poder de representante, están en la Ley; es esta la que fija las atribuciones del representante, sin intervención de la voluntad del representado, que en el caso por principio es incapaz, y por tanto no puede por su propia voluntad modificar su esfera jurídica.

Los padres, en ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores, tienen como se ha dicho, la obligación de representarlo, y con los poderes de la Ley les concede deben de administrar los bienes de sus hijos. Los poderes que la Ley da a los representantes de los menores, sólo son poderes de administración, y por tanto en principio, los padres no pueden realizar ningún acto de dominio por sí solos sino que necesitan de algunas otras autorizaciones legítimamente para poder ejecutar actos de dominio sobre los bienes de sus hijos.

Así por ejemplo, se establece en la Ley de la materia, que los bienes del hijo mientras este en la patria potestad se dividen en bienes que adquiera por su trabajo respecto de los cuales, tiene la propiedad, administración y usufructo del propio hijo, y bienes que adquiera por cualquiera otro título, en relación con los cuales, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo, la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejercen la patria potestad. Por otro lado, se considera que es un acto de dominio enajenar o gravar por cualquier título los bienes inmuebles y los muebles preciosos, celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años recibir rentas anticipadas por más de dos años vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que tengan en el mercado, y hacer toda clase de donaciones con los bienes de los hijos. Estos, entre otros actos, son considerados como de dominio, todo lo demás entra dentro de los actos de administración que pueden realizar los padres. Los actos de dominio sobre el patrimonio de los hijos,

sólo pueden ser realizados por los padres, previa autorización del Juez de lo Civil, el cuál además tomara las medidas necesarias "para hacer que el producto de la cuenta se dedique al objeto al que se destino y para que el resto se invierta".

El Código Civil para el Estado de Guanajuato, no contempla el supuesto en el cual ejercitandose la patria potestad por ambos progenitores, uno se oponga justificada o injustificadamente a tramitar la autorización judicial para la venta de los bienes de menores; al respecto cabe plantear la siguiente hipótesis ¿ Que deberá resolverse por parte del juzgador en el supuesto del que uno de los progenitores no respalde la solicitud del otro, o bien manifieste expresamente su oposición ?

Cabe agregar que con el propósito de conocer el criterio que prevalece, me propuse realizar una investigación de campo, encontrando como resultado de ella una diversidad de puntos de vista entre las personas encuestadas que como punto común tenían el de ser jueces civiles y abogados litigantes en la misma materia.

A ese respecto, pudimos concluir que una tercera parte de ellos se inclino por contestar que cada caso concreto debe ser motivo de análisis especial y que por lo tanto sí en un caso concreto existe oposición por parte de uno de los progenitores, deberá nombrarse un tutor que le represente, de tal

forma que puede justificarse o no el beneficio del menor, de tal manera que si a juicio del juzgador la venta representa un beneficio para el menor, deberá resolverse procedencia otorgando la autorización judicial solicitada.

Por otro lado, otra tercera parte de las personas encuestadas se inclinó por adoptar una interpretación literal, aduciendo que la ley era perfectamente clara y que en el caso concreto debía ser requisito indispensable que tal solicitud estuviera respaldada por ambos progenitores, de tal manera que si esta no sucede en estricto rigor no deberá proceder la autoridad judicial requerida; en tanto que las personas restantes, prefirieron reservarse su opinión, no inclinándose ni en uno ni en otro sentido.

Por nuestra parte, consideramos que la norma jurídica debe ser tan rígida que a todo mundo obligue su cumplimiento; pero al mismo tiempo tan flexible que todo mundo este en posibilidad de cumplirla, pues de nada sirve una norma que represente un duchado de técnica jurídica, si físicamente es imposible se de la hipótesis que contiene. Pues de ser así estaríamos en presencia de la "norma jurídica imposible" lo cual desnaturalizaría a la misma, si considera que toda norma corresponder a una realidad social a la cual reglamenta. En ese sentido, consideramos como necesaria la posibilidad de que en el supuesto que planteamos, la parte interesada puede justificar su oposición a la autorización judicial para enajenar bienes de su menor hijo, de tal forma que ni pueda adoptar una posición caprichosa, ni tampoco se viole su derecho derivado del ejercicio de la patria potestad, sin siquiera a ver tenido la oportunidad de

ser escuchado.

5.3 SOLUCIONES PROPUESTAS POR LA SUSTENTANTE.

Una vez analizadas las diversas hipótesis que en la práctica cotidiana se presentan dentro del quehacer jurídico propio de jueces, abogados litigantes, funcionarios públicos, etc. estamos en posibilidad de expresar nuestra postura personal que viene a constituir la tesis profesional que ahora presentamos a consideración de los miembros del jurado examinador ante esta Institución Universitaria.

Por otro lado, partiendo de la idea de que nuestro argumento y razonamientos han quedado claramente expresados en el análisis anterior, hemos creído convenientemente que en este apartado se formulen solamente las propuestas de reformas y adiciones que recomendamos se hagan al Código Civil, con la sana finalidad de contribuir con nuestra pequeña aportación al campo del derecho, en la solución de la problemática jurídica que nos ha tocado conocer en el incipiente ejercicio profesional que hemos desarrollado como pasantes de derecho. En ese sentido y en forma previa, a manera de exposición de motivos, creemos pertinente expresar lo siguiente:

EXPOSICION DE MOTIVOS.

La norma jurídica, constituye un juicio de valor enunciado de manera imperativa, que contempla una estructura formal y material, representada por una relación hipotética integrada por un supuesto jurídico, una consecuencia de derecho y una relación causal que une a ambos elementos, donde esta representación lógica debe de corresponder a un reflejo de la realidad social, de ninguna manera se justifica como norma jurídica en ese orden de ideas y con la finalidad de incorporar a la legislación civil una situación no contemplada en la actualidad, que por su situación constituye una laguna legal, que amerita una solución a un problema familiar relacionado con el ejercicio de la patria potestad y de los derechos que de ella derivan, de tal forma que un problema sencillo corresponda a una solución sencilla, en la cual prevalesca un justo equilibrio entre el aspecto jurídico y el aspecto ético, procurando aplicar la formula de dar a cada quien lo que le corresponde sin perder nunca de vista que el fin siempre debe ser el bienestar del menor por sobre los intereses de los padres o de quienes en su caso ejerzan la patria potestad. En ese sentido proponemos las reformas siguientes, en los términos que se expresan:

ACTUAL

Art. 468.- La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce: I.- Por el padre y la madre; II.- Por el abuelo y la abuela paternos; III.- Por el abuelo y

REFORMA PROPUESTA

Art. 468.- La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce por los padres. En caso de haber intereses opuestos, el Juez resolverá lo más favorable al menor, oyendo en todo caso

la abuela maternos. Si viven separados al Ministerio Público.
se observará en su caso lo dispuesto
en los artículos 436 y 437.

Art. 474.- Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponda ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

Art. 479.- Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenece conforme a las prescripciones de este Código; pero cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el abuelo y la abuela o por los esposos adoptantes, el administrador de

los bienes y representante será el varón

En cuanto a la pérdida de la patria potestad, en los términos que se encuentra reglamentada por el Código Civil Vigente, externamos nuestra opinión de desacuerdo con la misma, por considerar que no se llega al objetivo deseado por el legislador; sin embargo, nos ostentamos de abundar más sobre el tema en virtud de que el mismo fue ampliamente desarrollado por persona diversa en un trabajo de investigación diferente, razón por la cual, en este espacio solamente nos limitaremos a adherirnos a la postura de la compañera que defendió dicha tesis, reconociéndole toda la razón, por los razonamientos que virtió en dicha investigación

CONCLUSIONES

PRIMERA.- De acuerdo con todos los elementos de juicio vertidos en la presente investigación es de concluirse que la patria potestad es el conjunto de poderes y derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos menores para que puedan cumplir con sus deberes paternos; de donde se infiere, consecuentemente que la paternidad implica la misión de proteger y educar a los hijos, mientras sean menores, y que por lo tanto no podemos hablar de patria potestad sin hacer referencia a la paternidad.

SEGUNDA.- Sin embargo la denominación de patria potestad es a nuestro juicio inadecuada, puesto que no se ubica al contenido gramatical de la misma, ya que potestad implica idea de poder y realmente más que un poder es una protección, en realidad resultaría más adecuado referirnos a la "autoridad paterna".

TERCERA.- En cuanto a sus características se refiere, de acuerdo a nuestro Código Civil Vigente en el Estado, se concluye que la patria potestad es un cargo estrictamente privado de interés público, irrenunciable, intransferible, temporal, excusable y fuera del comercio.

CUARTA.- La patria potestad es una institución impregnada de fuertes ingredientes éticos, tal como puede observarse: Los hijos, en el marco del hogar y de la patria potestad, le deben respeto y obediencia a los padres, al hijo sometido a la patria potestad le esta prohibido abandonar la casa de sus padres

sin la autorización de ellos o sin el permiso de la autoridad competente; o bien, a contrario sensu, los menores están obligados a vivir siempre a lado de sus padres o abuelos, según el caso, en el domicilio que estos tengan establecido, por tanto en su reglamentación, no debe ignorarse el contenido ético de esta institución.

QUINTA.- Sin embargo la patria potestad, es también una institución con un fuerte contenido jurídico, como puede observarse: Corresponde a sus titulares la representación judicial y contractual; la alimentación y la educación de los menores; la corrección y el buen ejemplo; el proporcionarles un domicilio legal; el responder de los daños y perjuicios causados por los menores; así como la administración de los bienes del menor, como consecuencia de ello tampoco es imposible ignorar el contenido jurídico al momento de regular la institución de la patria potestad.

SEXTA.- Como consecuencia del contenido ético y jurídico de la patria potestad y en congruencia con el interés público que representa, a un superior al Derecho Público y al Derecho Privado, el legislador esta obligado a encontrar la formula perfecta para su reglamentación, la cual deberá traducirse en una formula de tal manera justa que refleje un exacto equilibrio entre el fin ético y el fin jurídico, de tal forma que no prevalesca el uno sobre el otro en demérito de la naturaleza de la norma; puesto que si el aspecto ético resulta más revelante ya no sería una norma jurídica sino más bien moral; y viceversa, si la preponderancia resultará ser el contenido jurídico, la norma carecería del

sustento ético indispensable en toda norma de derecho familiar.

SEPTIMA.- Sin embargo, además del equilibrio de intereses en los aspectos ético y jurídico, debe cuidarse el aspecto social, para que exista la congruencia necesaria entre el texto de la norma y la realidad social que regula, pues hoy en día no puede aceptarse válidamente que sólo el varón tenga capacidad para representar al menor o para administrar sus bienes ; eliminando también la exclusión discriminatoria de los abuelos maternos, tal como se encuentra contemplado en nuestro Código Civil vigente en el Estado.

OCTAVA.- Desde luego, que aunado a lo anterior debe incorporarse al cuerpo legal, todos los supuestos que son producto de la realidad que vivimos, eliminando de esta manera importante lagunas legales y dando solución a complejos problemas que deméritan el verdadero fin del derecho, como instrumento del bien común.

NOVENA.- En este sentido, el régimen de derecho referido a regular el ejercicio de la patria potestad, debe orientar su contenido en otro sentido, transformando su naturaleza, de tal manera que el destinatario de la norma o sujeto obligado a su cumplimiento, la acate no por temor a la sanción, sino por convicción al valor del fin que se persigue, en otro orden de ideas, el legislador debe tener presente al momento de elaborar la norma que el orden público nunca podrá lograrse sin una convivencia pacífica, de esta manera ante un derecho más humano y por ende más justo, ya que nunca deberá perderse de vista que el derecho es solo un medio y que la justicia es el fin.

DECIMA.- Considero que para llegar a construir con las características mencionadas, el legislador debe indispensablemente , abrir su actitud crítica, permitiendo la incorporación al trabajo material de gente preparada con capacidad profesional y experimentada en cada uno de los aspectos humanos que requieren de reglamentación, sin distinción de sexo credo o ideología, olvidando todo rencor político.

BIBLIOGRAFIA

I.- LIBROS.

- 1.- BAQUEIRO Rojas Edgar, Derecho de Familia y Sucesiones, Edit. Harla, S.A., México, D.F. 1990.
- 2.- BONNECASE Julien, Elementos del Derecho Civil, Edit. Cajica, Jr., Puebla, Pue. México 1945.
- 3.- CHAVEZ Asencio Manuel F., Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, Edit. Porrúa S.A., México, D.F., 1990.
- 4.- CHAVEZ Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Edit. Porrúa S.A., México, D.F., 1987.
- 5.- DE PINA Vara Rafael, Derecho Civil Mexicano, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F., 1992.
- 6.- DOMINGUEZ Martinez Jorge A., Derecho Civil. Parte General de Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez., Edit. Porrúa, S.A., México 1990.
- 7.- ELIAS Azar Edgar, Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F., 1995.
- 8.- GALINDO Garfias Ignacio, Derecho Civil, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. 1987.
- 9.- GOMEZ González Fernando F., Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F., 1993.
- 10- IBARROLA Antonio De, Derecho de Familia, Edit. Porrúa, S.A., México, D.F. 1992.
- 11- PACHECO Escobedo Alberto, La Familia en el Derecho Civil Mexicano, Edit. Panorama, México, D.F. 1985.