

227
25



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

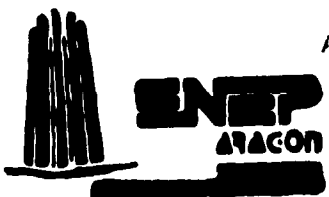
"ANALISIS DE LOS ARTICULOS 414 Y 418 DEL C.C. PARA EL D.F. (EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CASO DE ASCENDIENTES)"

FALLA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JULIA ABIGAIL LOBATO DEL RIVERO

ASESOR: LIC JUAN MANUEL HERNANDEZ ROLDAN



SAN JUAN DE ARAGON, EDO, DE MEXICO

1996

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

AGRADECIMIENTOS

A DIOS

Porque siempre está conmigo, llenándome de bendiciones, si no fuera por El no estaría aquí ni sería lo que soy, desde mi concepción hasta la fecha, me ha rodeado de personas que me ayudan y estimulan en mi formación como ser humano y profesionalista, y le pido que en todo lo que yo realice, nunca olvide lo siguiente:

"Oh hombre, El te ha declarado lo que es bueno y qué pide Jehová de ti, solamente hacer justicia, y amar misericordia y humillarte ante tu Dios".

Miqueas 6:8

A MIS PADRES

Porque ellos fueron el primer instrumento que Dios tan sabiamente utilizó para que yo pudiera llegar a este mundo, proveyéndoles de amor y de todo lo necesario para hacer de mí un ser humano feliz, aun con todas las implicaciones de ser eso, ser humano.

A MI FAMILIA

Dentro de ella incluyo a hermanos, tíos y primos, porque todos ellos de una manera u otra, aun cuando no estuvieron cerca físicamente, en muchos de los casos, siempre conté con su ayopo y estímulo incondicional.

A MIS AMIGOS

A todos ellos: algunos compañeros de estudio, otros de trabajo, así como aquéllos que no forman parte de ninguno de esos círculos, cada uno en particular, en su momento, de una u otra forma han estado conmigo participando y compartiendo los momentos gratos, tristes, reflexivos, en fin, aquellos de la vida diaria que llevan a afirmar los lazos de la amistad.

A LA E.N.E.P. ARAGON

Que me abrió sus puertas, proporcionándome sus herramientas humanas y materiales para formar un profesional, que desea no dejar nunca en mal a la Institución que participó en su formación profesional.

AL LIC. JUAN MANUEL HERNANDEZ ROLDAN

Porque al ser un profesional que ama y respeta su carrera motiva a aquéllos a quienes imparte los conocimientos que de ella tiene, a compartir esos sentimientos, además de haber invertido su tiempo y conocimientos en la dirección del presente trabajo.

INTRODUCCION

Por tener la patria potestad como uno de sus fines la protección a la persona del menor, consideramos que esta figura jurídica es de gran relevancia. además, de orden público; regulándola el Estado con el propósito de que su ejercicio efectivamente sea en beneficio del menor para que éste llegue a concretarse como un individuo pleno y productivo dentro de su sociedad.

En consideración a lo anterior, en el presente trabajo, deseamos avocarnos al supuesto del ejercicio de la patria potestad por parte de los ascendientes cuando los padres faltan, toda vez que de la lectura de los artículos 414 y 418 del Código Civil para el Distrito Federal, se observa una diferencia en el tratamiento que se da a éstos en cuanto al orden en que entrarán a su ejercicio, prevaleciendo en el primer artículo un criterio rígido, y en el segundo, flexible, pues el otorgamiento se da a criterio del Juez, dependiendo de las circunstancias del caso; consistiendo la razón de esta discrepancia, en que los menores sean nacidos dentro o fuera de matrimonio.

De lo anterior, consideramos que no hay razón para ello, pues no necesariamente han de ser las personas idóneas y aptas para el ejercicio de la patria potestad, aquéllas que señala en primer término el artículo 414 del Código Civil, pues en ocasiones se ha sabido de casos en que los menores quedan sujetos a la patria potestad de abuelos que no pueden o no deben ejercitarla, teniendo que aceptarse esta situación por estar así previsto por la Ley.

Por ello, es nuestra intención presentar un análisis de los artículos mencionados, a fin de determinar si es adecuada o no la aplicación de tales preceptos jurídicos, y proporcionar en su caso, propuestas tendientes a una mejor normatividad para que esta figura jurídica cumpla con su cometido.

Por tal razón, veremos en el primer capítulo los antecedentes históricos de la patria potestad, empezando por el Derecho Romano, siendo el que da origen a la mayor parte de las instituciones jurídicas de nuestro derecho vigente; seguiremos con el Derecho Español, que retoma a su vez muchos conceptos del romano; y por último, los antecedentes sobre el tema, del Derecho en México, con lo cual podremos observar la evolución que esta figura ha sufrido en beneficio de quienes han de ejercerla y de los sujetos a ella.

Posteriormente, en el segundo capítulo se hará referencia a la conceptualización que se hace de la patria potestad en la doctrina, su naturaleza jurídica, los sujetos que en ella intervienen, sus efectos jurídicos, y las causas que originan la suspensión, pérdida y extinción de ella.

Por último, es en el tercer capítulo donde se analizará si realmente la fundamentación de los artículos en comento, es suficiente para considerar su aplicación tal como se encuentra dispuesto, realizando previamente una exposición de motivos, y concluyendo con las propuestas que se consideren viables para una eficaz protección del menor, que es el caso que nos ocupa.

CAPITULO I
PATRIA POTESTAD
MARCO HISTORICO DE REFERENCIA

A) ROMA

Para llegar a un significado jurídico de la familia, debe conocerse la evolución que tuvo esta palabra. En latín arcaico significa servidumbre, al igual que su afín *famulus*, lo que quería decir que tanto los libres como los esclavos eran sometidos al poder del "pater familias"¹. Después se hizo la diferenciación entre la familia compuesta por el conjunto de servidores y esclavos que vivían bajo el mismo techo que el amo y la familia integrada por las personas libres sometidas a la potestad del pater familias.

"La familia, es un cuerpo social totalmente distinto de nuestra sociedad doméstica, de la familia natural en el sentido moderno, lo genuino, lo característico, lo que define con propiedad a la familia, (familia *proprio iure*), es el sometimiento de todos los miembros de la misma autoridad (*manus potestas*), de un jefe (*pater familias*), señor o soberano de la familia y no padre de familia"²

Ulpiano definió a la familia de la siguiente forma: "Por derecho propio llamamos familia al conjunto de personas que, por naturaleza o por derecho, están bajo una misma potestad"³

La familia en la antigüedad fue una pequeña comunidad soberana, considerada ésta como una pequeña república y, en Roma fue donde existió la patria potestad como tal,

¹ Padre de familia

² Gómez Piedrahita, Hernán. *Derecho de Familia*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1992, pág. 499

³ Cfr. Gómez Piedrahita Hernán, ob. cit., pág. 499.

se confundía el poder de disponer de las personas y el derecho real sobre las cosas, porque el uno y el otro tenían un valor pecuniario.

La familia romana fue típicamente patriarcal: el pater familias era el dueño absoluto de las personas sometidas a su potestad y de todos los bienes que ellas adquirieran. El fue el sacerdote del culto privado familiar y el juez de los suyos; podía expulsar a un individuo de su familia; por la emancipación, y podía prohijar a un extraño, por la adopción.

La potestad paternal perteneció al jefe de familia en relación a los descendientes que formaban parte de la familia civil, fue de derecho civil y sólo se ejercía por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano⁴. Este tenía el derecho de vida y muerte sobre sus hijos, podía acoger o no al recién nacido, pero una vez que las costumbres se humanizaron, ese derecho se limitó a casos graves que fueron juzgados por un consejo de parientes, como eran la debilidad o monstruosidad del recién nacido, o basándose a sospechas razonables sobre su ilegitimidad. Mas sin embargo, continuó la facultad que el pater familias tenía de exponer y vender los hijos si éstos fueren deformes y enclenques, por lo regular se les vendía como esclavos debido a que difícilmente había quien les acogiera.

La venta tenía sus raíces más profundas en comparación con la muerte o la exposición de los hijos, que en el reinado de Alejandro fue considerada como homicidio, y es donde se empezó a ver la intervención del Estado. En lo referente a la venta, aun

⁴ Cfr. Petit, Eugène. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México. Editorial Porrúa, 1989, pág. 100.

cuando Diocleciano la prohibió, Constantino sí la permitió, mas sin que la enajenación fuese definitiva, ya que se podían rescatar al devolver el precio o entregando un esclavo, Justiniano adoptó el mismo régimen.

Las personas sometidas a la potestad del pater familias eran:

La mujer casada cum manu⁵

Los hijos, e hijos de los hijos del pater familias, por línea masculina, a condición de haber sido procreados en un matrimonio válido y de no haber sido emancipados.

Las esposas, casadas cum manu, de los hijos y otros descendientes del pater familias, por línea de varones.

Los hijos adoptivos, y más tarde también los hijos extramatrimoniales legitimados.

Las personas libres que se hallaran con el pater familias en condiciones de in causa manci⁶

La intervención legislativa se inició en el siglo I A.C. cuando Trajano obligó a emancipar al hijo maltratado por el padre, Adriano castigó con la deportatio in insulam⁷ al padre que mata al hijo, como si fuera un ladrón y no en uso del derecho paterno y Constantino hace reo de la pena propia del parricidio a quien mataba al hijo, Justiniano sólo permitió la venta del hijo en caso de extrema necesidad, facultando a éste para recobrar su libertad mediante oferta al comprador del precio o de otro esclavo, el emperador cristiano trae a la letra de la ley el principio de que la patria potestad debe consistir en la piedad, no en la atrocidad.

⁵ Tipo de matrimonio con potestad marital

⁶ Potestad de Derecho Civil, por la cual un hombre libre ejercía autoridad sobre otra persona libre.

⁷ Expatricación

El pater familias hacía valer sus derechos frente a los hijos como frente a extraños por varios medios: Podía recurrir a la autoridad pública para que ésta conminara y atemorizara al hijo que no procediera como debía, también podía dirigirse contra el tercero que sin su voluntad retuviera al hijo. En los tiempos de Antonio Pío se otorgó una excepción a favor de la madre, para que mediando una justa causa, pudiera retener al hijo. Una excepción análoga se dio en beneficio del marido contra el pater familias que conservase la patria potestad sobre la hija casada.

La patria potestad romana se caracterizó, por el extraordinario poder que el pater familias tenía sobre la persona de sus hijos, los cuales estaban sometidos a su padre en todos los aspectos; era una situación muy parecida a la del esclavo. Por lo regular, la patria potestad solamente se extinguía por la muerte del padre, a menos que éste abdicara sus poderes sobre el hijo, por medio de la emancipación. El rigor de la patria potestad se mantuvo durante toda la época clásica. El respeto que sentían los juristas por la libertad individual, les impidió toda intromisión en el ámbito de la "domus romana"⁸

El pater familias podía desposar y dar en matrimonio a sus hijos, aun contra la voluntad de éstos, el derecho clásico exigió el consentimiento de los hijos para que el matrimonio fuera válido, también podía el pater familias disolver el matrimonio de sus hijos, pero el derecho fue abolido por el emperador Antonio Pío o Marco Aurelio.

"En la familia, y por razón del carácter absoluto de la autoridad paterna, el hijo, en cuanto a sus bienes, estuvo primitivamente en una situación comparable a la del

⁸ Familia romana

esclavo. Su personalidad se absorbe con la del jefe de familia, no haciendo más que uno con él, y no pudiendo, por tanto, tener bienes propios".⁹

La originaria incapacidad patrimonial del hijo de familia se debilitó al afirmarse el régimen de los peculios. Los juristas romanos consideraban a la incapacidad patrimonial del hijo de familia como un dogma, todo lo que él adquiriere, era por su padre; el hijo era sólo un instrumento de adquisición en manos de él. La realidad contradecía esto, los hijos in potestae¹⁰, en particular los que ya no habitaban la casa paterna, tenían su patrimonio, ya fuera que el pater familias se los hubiera concedido, o que ellos mismos lo hubieran ganado con su trabajo, a este patrimonio se le llamaba peculium, el hijo lo administraba y disponía de él, como si fuera el dueño, mas sin embargo, en virtud del dogma, los juristas sostenían que el verdadero dueño del peculio era el padre quien podía arrebatárselo cuando quisiera y muerto éste, el peculio debía considerarse como parte de la herencia paterna.

El peculio castrense estaba integrado por los bienes que adquiría el hijo en su condición de soldado, este tipo de peculio se dio en la época de Augusto. El hijo militar disponía con libertad de tal peculio, podía manumitir¹¹ válidamente, considerándose al manumitido como liberto suyo y podía también hacer donaciones mortis causa¹². En caso de que el hijo muriese antes que el padre, y sin haber otorgado testamento, los bienes pasaban al último como si le hubiesen pertenecido en propiedad, con el derecho justiniano se altera este régimen, disponiendo que si el hijo moría intestado,

⁹ Petit, Eugène. Ob. cit., pág. 102

¹⁰ Bajo autoridad

¹¹ Acción jurídica voluntaria del dueño para liberar al esclavo.

¹² Donación por muerte (legado), al que define Ulpiano como cierta donación dejada por un difunto "donatio quodam a defuncto relicta", siendo revocables

procedería la sucesión legítima de los hijos y de los hermanos, siendo llamados los parientes en tercer grado.

En la época de Constantino, se dio vida a otras dos formas de peculio: El peculio cuasicastrense y el adventicio. El primero se constituía por los bienes que adquiría el hijo como funcionario de la corte imperial, y por los provenientes del ejercicio de cualquier cargo público, de la profesión de abogado, de la carrera eclesiástica, así como de las donaciones hechas por el emperador o la emperatriz. El segundo se componía de los bienes que se reservaban al hijo adquiridos de la madre ya fuese por herencia testamentaria o legítima. Por lo que hace a estos bienes el padre era formalmente el propietario, mas se le prohibió la libre disposición de ellos, este régimen se hizo extensivo más tarde a los bienes procedentes de los ascendientes maternos, ya fuese por herencia, legado o donación, limitándose el derecho del pater familias al usufructo.

El hijo de familia podía obligarse mediante contrato, podía ser demandado y condenado en un proceso civil, pero la ejecución del mismo era imposible mientras durara la patria potestad, sólo que el hijo tuviera un peculio castrense. En relación a las obligaciones contractuales del hijo de familia, bajo ciertas condiciones el pretor concedía al acreedor una acción contra el padre.

Los hijos sometidos a potestad al igual que los esclavos, no eran responsables de sus delitos, mas sin embargo el padre sí lo era y podía pagar los perjuicios ocasionados por el delito del hijo, o bien entregarlo, para que él con su trabajo los pagara.

A partir del siglo II D.C. fue reconocida una obligación recíproca de alimentos impuestas por las constituciones imperiales. El hijo debía respeto y veneración a sus padres, por lo que no podía demandarlos ante los Tribunales sin la previa autorización del magistrado, ni entablar contra ellos acciones ni ejecutarlos en su persona.

La patria potestad se terminaba en el Derecho romano por las siguientes razones:

a) Acontecimientos fortuitos

1. Muerte del que ejerce la patria potestad, la pérdida de su estado de libertad, (reducción a esclavitud), y pérdida del estado civil (derecho de ciudadanía).
2. Muerte del hijo, pérdida de su estado de libertad y pérdida de su estado civil
3. Ingreso al sacerdocio
4. Cuando obtenía la dignidad de patricio, cónsul, prefecto del pretorio, cuestor del palacio u obispo.
5. Exposición del hijo y prostitución de la hija.
6. Celebración de un matrimonio incestuoso por parte del padre

b) Actos solemnes

1. Emancipación
2. Adopción

Siendo de entre todas estas causas, la emancipación la más importante por ser un acto de liberación, por la propia voluntad del padre, y de acuerdo con el procedimiento creado por la jurisprudencia pontificial para llevar a cabo la adopción. Si un padre deseaba librar al hijo de su potestad, lo emancipaba por tres veces a personas de su confianza, con la condición de manumitirlo, a la tercera manumisión se obtenía la

libertad, mas sin embargo el manumisor adquiriria el derecho sobre el hijo, en el caso de que el padre hubiere vendido al hijo por tres veces, el hijo quedaba libre del padre; para la emancipación de las mujeres y de los nietos era suficiente una sola manumisión.

La emancipación era un acto dependiente de la voluntad del padre, pero se daban situaciones en que éste podía ser obligado a emancipar, como las siguientes:

1. Cuando el padre hacía al hijo objeto de malos tratos.
2. Cuando el impúber adoptado se convertía en púber y deseaba emanciparse.
3. Cuando la emancipación del hijo figuraba como condición en una disposición testamentaria otorgada a su favor.

En relación a la emancipación, era posible revocarla cuando el que adquiría la libertad observaba un comportamiento ingrato, ésta fue una disposición de Valentiniano.

B) ESPAÑA

Por ser la familia una derivación del matrimonio, todo poder familiar procede de él, y así como éste se organizaba en el poder del marido sobre la mujer, fue natural que se extendiese también sobre los hijos nacidos dentro del matrimonio, en virtud de que eran una prolongación de su personalidad, debiendo quedar en su poder con exclusión absoluta de la madre. Lo anterior se dio en el tiempo en que la familia se constituía

como un Estado, en que el padre era el dominador único y absoluto y todas las personas que componían la familia estaban sometidas a su imperio.

La evolución que tuvo la patria potestad a través del tiempo, refleja la transición que ha tenido la misma, entendida como un poder y que en la antigüedad sólo el padre la ejercía, a la patria potestad comprendida como un deber, actuando en forma conjunta el padre y la madre. En España, esta evolución terminó por convertir a la patria potestad romana, en una institución de carácter social.

La rigidez por la patria potestad en sus regímenes primitivos se debieron a la poca autoridad que el Estado tenía al respecto y al gran poder que tenía la familia.

a) España visigoda. La legislación visigoda en cuanto a la patria potestad se refirió, siguió con la tradición del derecho romano en ciertos aspectos, pero se procuró la protección de los intereses del hijo. En el derecho visigodo la patria potestad fue derivada sólo de los vínculos naturales de filiación.

La actitud de la legislación frente a las manifestaciones del poder absoluto del padre deja ver su carácter moderado pues en el caso de que los padres hubiesen vendido a su hijo y no lo quisieren rescatar, o lo hubiesen expuesto y no se arrepintieron de haberlo hecho, perdían los derechos en relación al hijo, y eran condenados a destierro perpetuo, sancionaban también la muerte del hijo y el infanticidio.

Los actos de venta, donación o pignoración de los hijos eran nulos. Correspondía a los padres y abuelos la facultad para corregirlos. En cuanto a los bienes de los hijos, los padres podían poseerlos y disfrutarlos, mas no enajenarlos, entregándose al hijo si se casaba, en el supuesto de que la madre muriera, dos tercios de la herencia que por ella le correspondía, y si no se casaba se le entregaba la mitad de ésta.

Por lo que respecta al aspecto matrimonial y a la extinción de la patria potestad, reflejaba la influencia del derecho romano.

José Ma. Castán señala lo siguiente en cuanto a este derecho: "Se advierte ya, pues, en resumen, en la patria potestad del derecho visigodo, la idea de función, y parece lícita la afirmación de Otero que de la misma manera que en el derecho postclásico, la patria potestad de la legislación visigoda se concibe como un officium en interés de los hijos".¹³

b) El derecho gótico hispánico, resultó de los fueros, en los que se mencionaba que la independencia doméstica del hijo era el único medio de emanciparse de la patria potestad, entretanto todas las adquisiciones que hicieran los hijos pertenecían a los padres, de igual forma ellos respondían de los delitos cometidos por los hijos, el abandono de los hijos era la única manera en que los padres podían liberarse de esta responsabilidad, siendo solemne cuando se hacía ante los vecinos reunidos en consejo.

¹³ Castán Vázquez, José Ma. *La Patria Potestad*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, pág. 27

En lo que se refiere a la patria potestad exclusiva del padre a la patria potestad conjunta de los progenitores, hay un texto del Fuero Juzgo en el que se establece que a la muerte del padre, los hijos de ambos sexos quedaran en poder de la madre, aunque se le calificó como tutela y no fue obligatoria, la cual cesaba en caso de segundas nupcias. En los Fueros Real y Viejo, la patria potestad correspondía a la viuda, ya que sólo en su defecto, cuando el padre moría se llamaba a los demás parientes. En las Cortes de Bribiesca, consideraron igual la autoridad de la madre que la del padre, por lo que ambos tenían la responsabilidad por los daños que los hijos causaren, posteriormente el derecho justinianeo extinguió esta evolución.

c) La reconquista. En los primeros tiempos, posteriores a la invasión musulmana, la concepción visigoda de la patria potestad, fue evolucionando hasta que se difuminó el poder paternal del derecho visigodo, desapareciendo totalmente como poder jurídico del padre, pasando a ser un oficio en interés del hijo, y hasta llegar a ser un derecho natural. La situación no cambió en los fueros municipales extensos.

El Fuero Real no concibió el poder paterno como ilimitado y despótico; por el contrario, prohibió la venta, donación o pignoración del hijo, siendo nulo cualquiera de estos actos.

Las Partidas, acordes al derecho justinianeo permitieron poner en práctica el poder ya difuminado por la evolución dentro del ámbito peninsular. Aunque en la práctica no fue concebido como un poder ilimitado del padre, la regulación de las facultades que se le atribuían al padre dejaban ver que ese poder era ilimitado.

El derecho de vender o empeñar al hijo se le concedía al padre, sólo en el caso de extrema necesidad, el de vida y muerte era atribuido en el supuesto de que el padre estuviera imposibilitado por las circunstancias, se viera acosado por el hambre y no tuviera qué comer.

Mas la regla general fue que el poder paterno se ejerciera con moderación, motivo por el que se proclamó que el derecho de corrección debía ejercitarse con mesura y piedad, imponiéndose al castigo cruel, la pérdida de la patria potestad.

En lo relativo al patrimonio del hijo, al igual que en el derecho romano, se regía por el sistema de los peculios.

En la regulación de las causas de pérdida de la patria potestad se observó una concepción de la patria potestad como poder limitado.

D) Siglo XIX. La patria potestad fue el poder que los padres tenían sobre los hijos, para darles educación, así como para utilidad del padre y de toda la familia, por lo que se podía dividir en onerosa y útil. La primera correspondía tanto al padre como a la madre, consistiendo las obligaciones en criar y alimentar a los hijos, fueran legítimos o no.

La patria potestad útil fue el derecho que los padres tenían sobre los bienes de los hijos, sólo le competía al padre, y en relación a los hijos legítimos no emancipados, no extendiéndose a los nietos y demás ascendientes.

Los modos para adquirir la patria potestad fueron:

1. El matrimonio, conforme a la iglesia
2. El juicio de linaje, que decidía que se era hijo de determinada persona
3. El yerro del hijo emancipado, que lo hacía volver a la patria potestad, al deshonrar al padre de palabra o de hecho.
4. La adopción o prohijamiento.

A los bienes de los hijos bajo patria potestad se les denominaba peculio, y al igual que en el derecho romano se les llamó:

1. Peculio profecticio. Poseía las mismas características que en Roma.
2. Peculio adventicio. El ganado por su trabajo, donación, legado o herencia paterna o de cualquier otro, o si encontrase tesoro o alguna otra cosa; él era el dueño, el usufructo era para el padre, si el hijo se casaba le correspondía la mitad.
3. Peculio castrense. El que ganaba por la guerra o milicia armada, le correspondía en un todo.
4. Peculio cuasicastrense. El que ganaba por la milicia togada, servir como juez, abogado, catedrático u otros oficios semejantes, era el dueño absoluto.

Las causas de pérdida de la patria potestad:

1. Muerte natural
2. Destierro perpetuo
3. Dignidad a que fuese ascendido el hijo; obispo y aquellas dignidades o empleos que hacen al hombre jefe privativo de algún distrito o cuerpo.
4. Emancipación

5. Cuando el hijo contraía matrimonio con todas las solemnidades y bendiciones nupciales
6. Cuando el padre exponía a sus hijos
7. Incesto cometido por el padre

En lo relativo a la emancipación, existían cuatro casos en que el padre podía ser obligado a emancipar al hijo, y que se daban cuando:

1. Lo castigaba con crueldad
2. Prostitúa a sus hijos
3. Recibía una herencia o legado en testamento con la condición de emancipar al hijo
4. Cuando al haber adoptado a su entenado o hijastro menor de catorce años, y al pasar esa edad, acude ante el juez para que se le emancipe.

El derecho germánico también tuvo influencia en el derecho español, al avanzar hasta las puertas del derecho moderno y cristiano, en el que el poder paterno vitalicio fue transformado en función tutelar y deber de protección de los padres en la medida y duración que las necesidades de los hijos requerían, lo cual se observó en importantes Códigos de España, como el Fuero Juzgo, los Fueros Municipales, el Fuero Real y Fuero Viejo, prevaleciendo en la Ley de Matrimonio Civil de 1870, al otorgar a la madre la patria potestad en defecto del padre, y con ella todos los derechos, provechos y funciones de protección que tal familiar trae consigo.

En España existieron pues, antecedentes de la evolución que terminó por convertir a la patria potestad romana en una institución de carácter social, como se refleja en su legislación.

La reforma de la patria potestad es inspirada en el respeto a la personalidad del hijo y en el reconocimiento de que se trata de una función conjunta del padre y de la madre.

"La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad"¹⁴

Se hicieron además innovaciones, como la prórroga de la patria potestad sobre los hijos incapacitados por deficiencias o anomalías psíquicas, al llegar a la mayoría de edad; y la rehabilitación de la misma cuando el hijo mayor de edad, soltero, que viviere en compañía de sus padres, fuere incapacitado.

C) MEXICO

En nuestros antepasados, la familia azteca en particular, era el hombre el jefe de ella, mas en derecho tanto el hombre como la mujer estaban en igualdad de condiciones, él era quien educaba y castigaba a los hijos varones y ella a las niñas, pero ambos podían amonestarlos sin distinción.

En semejanza con el derecho romano, el padre solía vender a sus hijos como esclavos cuando debido a la pobreza le era imposible mantenerlos, también estaba facultado para casar a sus hijos, y si el matrimonio era celebrado sin su consentimiento, era tenido como una afrenta pública.

¹⁴ Puig Brutau, José. Compendio de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones. Barcelona, España. Bosch, Casa Editorial, S.A., 1991, pág. 171.

Para castigar a los hijos, podían hacer uso de la violencia. Les herían con espinas de maguey, les cortaban el cabello; si el hijo era tenido por incorregible, con permiso de las autoridades podían venderlo como esclavo o exponerlo a los helados rigores de una noche en la montaña, atado y desnudo en un charco de lodo. Eran muy estrictos podían reprimirlos con azotes, con punzamientos, con aplicación de humo de chile en el rostro de los mal educados, y hacer una incisión pequeña en el labio de los mentirosos.

No obstante lo anterior, los estudiosos del tema consideraron a esta familia profundamente humana¹⁵, en razón de que no fue ni un dechado de virtudes, ni llena de vicios. El hombre siempre fue el sostén de la familia y la madre lo fue del hogar.

Los hijos de los nobles, de los ricos y los de la clase media vivían en la casa de sus padres hasta los 15 años, al llegar a esa edad eran entregados al calmecac¹⁶ o al telpochcalli¹⁷, según la promesa que se hubiera hecho el día de la imposición del nombre.

Cuando el padre moría, si su hermano se casaba con la viuda, entraba éste al ejercicio de la patria potestad. Los huérfanos acudían a cualquier pariente, para que los sustentara, en el caso de no darse el supuesto anterior, y este pariente adquiría la tutela de los menores, no se ve aquí una participación de los abuelos en forma especial.

El padre era quien enseñaba a sus hijos a conocerse y a gobernarse a sí mismos, colocándolos para ello frente a un gran espejo.

¹⁵ Cfr. Ibarrola, Antonio de. *Derecho de Familia*. México. Editorial Porrúa, 1984, pág. 111.

¹⁶ Escuela de enseñanza de los guerreros y de los sacerdotes.

¹⁷ Escuela de artes y oficios.

Los padres dirigían a sus hijos pequeños palabras tiernas y elocuentes, indicaban a la niña cuáles serían sus actividades al siguiente día, cuando el padre los amonestaba, una vez que éste concluía la madre les hablaba en términos igual de conmovedores y apropiados, desde esa edad les enseñaban a expresarse correctamente.

La base firme de esta sociedad fue la familia, compuesta por los padres e hijos, y en donde el hombre más anciano se desempeñaba como el jefe. Los aztecas amaban sobremanera a sus hijos, a quienes equiparaban como a plumas ricas o piedras preciosas. Estos, además de atenderlos en el aspecto meramente biológico; consideraban como misión principal el enseñarles y amonestarles, entendiéndosele como exhortaciones morales.¹⁸

1. CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870

Por orden del Ministerio de Justicia se formó una comisión integrada por: los CC. Licenciados Mariano Yáñez, José Ma. Lafragua, Isidro Montiel y Rafael Dondé, misma que se reunió en el Salón de sesiones del Congreso de la Unión en la Ciudad de México, el 8 de diciembre de 1870, a fin de dilucidar sobre la elaboración de este Ordenamiento legal, el cual empezaría a regir a partir del 1º de marzo de 1871, y que se publicó el 13 de diciembre de 1870, en el Gobierno de Don Benito Juárez.

¹⁸ Cfr. Ibarrola, Antonio de, ob. cit., págs. 114 y 115

Este Ordenamiento fue el que sirvió de base para nuestro código civil vigente, y en él podemos contemplar la regulación que se daba en ese entonces a la patria potestad, se observa por ejemplo, que no existía diferencia en cuanto a la ley respecto de los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio; y la ejercían tanto sobre los hijos legítimos como de los naturales legitimados o reconocidos (Art. 391), las personas que se relacionan a continuación (Art. 392):

- I. Por el padre
- II. Por la madre
- III. Por el abuelo paterno
- IV. Por la abuela paterna
- V. Por el abuelo materno
- VI. Por la abuela materna

También vemos que ya se incluía nuevamente a la mujer (madre y abuelas), para que entrara al ejercicio de la patria potestad, en caso de ser necesario, pues en virtud de que el Código de las Partidas y los siguientes de España habían quitado a la madre la patria potestad, que el Fuero Juzgo le había concedido, la mujer no figuraba en el ejercicio de la patria potestad.

Asimismo, se declaró la patria potestad en favor de los abuelos y abuelas, estando dentro del pensamiento y sentir de los integrantes de la Comisión, el no introducir a personas extrañas en los asuntos domésticos, a menos que fuese estrictamente necesario: Art. 390. Los hijos menores de edad, no emancipados, están bajo la patria

potestad, mientras existe alguno de los ascendientes a quienes corresponde aquella según la ley.

La ley también establecía lo siguiente en el Art. 397: Las autoridades auxiliarán a los padres en el ejercicio de esta facultad de una manera prudente y moderada, cuando sea requerida para ello.

2. CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y PARA EL TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884.

Este fue publicado bajo el Gobierno de Manuel González, según decreto del 31 de marzo de 1884 y el cual estaría vigente a partir del 1º de junio de ese mismo año.

En este código no se encuentra variación alguna en relación con su anterior, en la regulación de la patria potestad, que se encuentra a partir del artículo 363 y siguientes, sirvió además como base para la Ley Sobre Relaciones Familiares.

3. LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES

Expedida el 9 de abril de 1917 cuando Venustiano Carranza era Primer Jefe del Ejército Constitucional y Encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, publicada en el Diario Oficial de los días 14 de abril al 11 de mayo, fecha en que entró en vigor, siendo abrogada por el artículo 9º transitorio del código civil del 30 de agosto de 1928.

Esta Ley es una combinación de los códigos civiles precedentes, y antecedente del que actualmente nos rige; se puede ver en su artículo 241, que tanto el padre y la madre, el abuelo y la abuela paternos y los abuelos maternos, (en pareja), ejercen de manera conjunta la patria potestad sobre el sujeto a ella, más no se hace distinción aún, para su ejercicio, entre los hijos nacidos de matrimonio y los nacidos fuera de él.

La regulación de la patria potestad se encuentra en sus artículos del 238 al 269, incluyendo tanto a la persona como los bienes de los hijos.

4. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL DE 1928

A continuación se darán breves comentarios de los artículos contenidos en nuestro actual código civil, relativos a la patria potestad, mismo que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928, entrando en vigor a partir del 1º de octubre de 1932, según decreto publicado en el mismo Diario el día 1º de septiembre de 1932, y expedido bajo el Gobierno de Plutarco Elías Calles.

Siendo la familia el fundamento de la sociedad, necesita que las relaciones existentes entre sus miembros se finquen sobre el principio de dignidad y respeto, no importando la edad y condición de los hijos, su fundamento legal se encuentra en el artículo 411.

La filiación es considerada como fuente de la patria potestad, por lo que el hijo estará bajo ésta mientras no esté emancipado y exista alguno de los ascendientes que deben ejercerla. El código civil consagra el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los hijos, no establece división de poderes y facultades entre ambos padres, ya sea en relación a la persona o a los bienes de los hijos (Arts. 412 y 415).

Si los padres viven separados y ambos reconocieron al hijo, sólo uno de ellos ejercerá la custodia mas ambos tendrán el ejercicio de la patria potestad. En el supuesto de que los padres no se pusieran de acuerdo será el juez quien resuelva la situación de los menores de edad. Por otra parte, tanto para los hijos nacidos dentro de matrimonio como para los nacidos fuera de él, en el caso de que alguno de los progenitores deje de ejercer la patria potestad, el otro la ejercerá por sí solo (Arts. 417 y 420) .

Cuando los padres falten, en relación con los hijos de matrimonio, el artículo 414 establece un criterio rígido, más sin embargo en su artículo 418 es más flexible, otorgando un mayor margen al juez, pues le permite a él determinar el orden de los ascendientes que entrarán al ejercicio de la patria potestad, de acuerdo a las circunstancias del caso, para los hijos nacidos fuera de matrimonio.

Cuando faltare sólo uno de los padres, el otro pasará a ejercer la patria potestad, en igual situación estarán los abuelos si ellos son quienes la ejercen (Art. 416).

En el caso de los hijos adoptivos el o los adoptantes serán quienes tengan la patria potestad, pues de lo contrario se verían impedidos a actuar como padres (Art. 419).

El hijo tiene el deber de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido, a menos que exista decreto judicial que lo permita, y éste sería procedente sólo en caso de que afecten su salud o moralidad (Art. 421).

Como la patria potestad es un cargo de interés público y de gran contenido social, la ley impone a los ascendientes el deber de educar a los menores, comprendiendo esta educación desde el desarrollo del intelecto hasta la formación moral y de conciencia social que hagan de él un ser útil. La facultad de corregir al hijo se relaciona con este deber, con la autoridad paterna y la situación de subordinación de los menores con respecto a quienes están sometidos (Art. 422).

En virtud de que los menores de edad tienen incapacidad natural y legal para determinarse por ellos mismos y administrar sus bienes, y estando la patria potestad dirigida al cuidado de ellos y de sus bienes, los titulares de esta figura jurídica tendrán la representación legal, administrando los bienes del menor y representándolo en toda clase de actos. Si los que ejercen la patria potestad tienen un interés distinto al del menor, el juez designará un tutor para efectos de la representación en juicio de los intereses del menor (Art. 425).

Cuando la patria potestad se ejerce por la pareja a quien corresponda, según la ley, uno de ellos será administrador, pero consultará a su consorte, requiriendo de su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración.

Asimismo se dará para terminar un juicio por transacción, y en los casos en que la ley lo indique necesitará autorización judicial (Arts. 426 y 427).

Cuando el hijo adquiera bienes por su trabajo, le pertenecen a él la propiedad, administración y usufructo, mas sin embargo, necesitará de autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces así como de un tutor para negocios judiciales. Cuando adquiera bienes por cualquier título que no sea por su trabajo (herencia, legado, donación o don de la fortuna) él tiene la propiedad, más la administración y la mitad del usufructo corresponde a los que ejercen la patria potestad. En el caso de que los bienes fueren producto de herencia, legado o donación se estará, en relación al usufructo, a lo dispuesto por el testador o donante. Además, los padres pueden renunciar al derecho del usufructo si así lo desean, de tal manera que no haya lugar a duda, considerándose ésta como una donación ya que ingresa al patrimonio del hijo. Por otra parte, no tendrán derecho al usufructo si no han estado en posesión de los bienes y no han realizado actos de administración que justifiquen su derecho a él (Arts. 428 al 433).

Los que se beneficien del usufructo de los bienes del menor bajo autoridad, tienen las mismas obligaciones de cualquier usufructuario, con excepción de la garantía (Art. 434).

Las facultades de administración que se conceden a los que ejercen la patria potestad tienen como fin la conservación de los bienes del menor, necesitarán la autorización del juez para disponer de ellos, si efectúan la disposición, deben de probar ante el juez

de lo familiar que efectivamente se destinó el dinero obtenido de la venta para realizar el fin señalado (Art. 437).

Los que ejercen la patria potestad deberán rendir cuenta de su administración (Art. 439).

Si existe interés opuesto entre los que ejercen la patria potestad y el menor sujeto a ella, la autoridad judicial nombrará un tutor dativo (Art. 440).

Al llegar los hijos a la mayoría de edad, o cuando se emancipen, deberán quienes ejercen la patria potestad, entregar todos los bienes y frutos que les pertenezcan (Art. 441).

La patria potestad se extingue al llegar el hijo a la mayoría de edad o por la emancipación de éste, derivada del matrimonio, también con la muerte del que la ejerce, siempre que no haya en quien recaiga (Art. 443).

La patria potestad se pierde cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de este derecho, presumiéndose una decisión judicial fundada en una causa que justifique legalmente la pérdida (Art. 444).

El artículo 445, parece innecesario, en virtud de que el artículo anterior no establece como causa de pérdida de la patria potestad el contraer segundas nupcias, por quien vaya a ejercer aquélla, aunque en este artículo se hace referencia a la madre o abuela.

El artículo 446 va relacionado a este precepto, negándole la patria potestad al nuevo cónyuge sobre los hijos del matrimonio anterior.

Este Ordenamiento legal, en su artículo 447, establece los casos en los que puede presentarse la suspensión de la patria potestad, y que son: la previa declaración judicial de incapacidad, hacia quien le corresponda ejercerla; la ausencia declarada en forma, y la sentencia que imponga como pena esta suspensión. Pudiendo recuperarse nuevamente la patria potestad una vez que desaparezca cualquiera de las situaciones de que se trate, de entre las mencionadas, y sea también por declaración de la autoridad competente.

Aunque la patria potestad no es renunciable, en el artículo 448 se prevé la posibilidad de excusa por aquéllos a quienes corresponde ejercerla siempre y cuando tengan como mínimo la edad de sesenta años cumplidos; y, cuando por el mal estado de salud (constante) no pudieran cumplir con ella debidamente.

CAPITULO II
PATRIA POTESTAD
MARCO TEORICO CONCEPTUAL

A) Concepto

Como se vio en el capítulo anterior, el origen de la patria potestad es el nacimiento dentro del matrimonio, reconocimiento de hijos, legitimación y adopción.

El nombre de patria potestad prevalece como en los tiempos antiguos, aunque actualmente ya no es exclusiva del padre (patria), sino que se comparte con la madre; en ocasiones, sólo ella la ejerce, o también es ejercida por los demás ascendientes, ya sea en pareja o por uno solo de ellos, cuando los padres faltan; y ahora ya no es "potestad", sino que solamente concede facultades a quien la ejerce en lo que se refiere a los deberes necesarios relativos a los menores. No obstante la evolución que ha sufrido sigue conservando su denominación en nuestra legislación vigente.

La patria potestad se relaciona con la minoría de edad, pues el menor se encuentra sujeto a la autoridad paterna hasta su matrimonio o emancipación.

En cuanto al fundamento e importancia de esta figura jurídica el autor Peña Bernaldo de Quirós, señala que "es un derecho de los padres que el Derecho positivo no concede sino que reconoce. Es un derecho exigido por el mismo bien del menor, que necesita el ambiente familiar para desarrollar su persona e integrarse en la sociedad".¹⁹

¹⁹ Peña Bernaldo de Quirós, Manuel. Derecho de Familia. Madrid, España. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1989, pág. 508.

En las diferentes definiciones de patria potestad que más adelante veremos, se mencionan los derechos y deberes que tienen los padres o uno de ellos, en su caso, manifestándose además de una u otra manera que ésta se encarga de la asistencia y protección hacia el menor, con una naturaleza especial y un fin determinado.

En nuestro código civil vigente no se encuentra una definición o concepto de esta figura jurídica, sólo señala los efectos que se producen en relación a ella.

Sin embargo, a continuación citaremos diversos conceptos que la doctrina señala sobre el particular:

Podemos ver, por ejemplo, que Julián Güitrón la define como "el conjunto de derechos y poderes atribuidos por la ley, al padre y a la madre, sobre la persona y los bienes de los hijos menores de edad, no emancipados, con objeto de permitir a aquéllos cumplir con sus deberes legales de sustento y educación."²⁰

En cambio, citando de nuevo a Peña Bernaldo de Quirós nos dice en su concepto de patria potestad que "con él se designa el derecho que consiste en la potestad tuitiva general sobre menores o incapacitados y que la Ley reconoce a ambos padres personalmente, como efecto automático de la relación jurídica paterno-filial"²¹

²⁰ Güitrón Fuentevilla, Julián. *¿Qué es el Derecho Familiar?*. México. Promociones Jurídicas y Culturales, S.C., 1967, pag 137.

²¹ Peña Bernaldo Quirós, Manuel. Ob. cit. pág. 503.

Por su parte, el autor Castán Vázquez entiende a la patria potestad como "el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole".²²

Al respecto, Peniche López opina que "se da el nombre de patria potestad al poder que tienen los ascendientes sobre la persona y bienes del menor, en tanto alcanza la edad y discernimiento para conducirse y administrar sus derechos."²³

Planiol define a la patria potestad como "el conjunto de derechos y poderes 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 de padres".²⁴

Asimismo, Galindo Garfias señala que "La patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos se ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere".²⁵

Para Clemente de Diego es "el deber y derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos".²⁶

²² Castán Vázquez, José Ma. *La Patria Potestad*. Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, pág. 9.

²³ Peniche López Edgardo. *Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil*. México. Editorial Porrúa, 1983, pág. 127.

²⁴ Planiol, Marcel. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Puebla, Puebla, México. Editorial Cajica, S.A., pág. 233

²⁵ Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil*, 1er. curso. México. Editorial Porrúa, S.A., 1960, pág. 667

²⁶ Clemente de Diego F., Dr., *Instituciones de Derecho Civil Español*. Tomo II. *Derecho de Obligaciones, Contratos, Derecho de Familia*. Madrid, España. Artes Gráficas Julio San Martín, 1969, pág. 656.

A su vez, Chávez Ascencio manifiesta que "por patria potestad debe entenderse el conjunto de deberes, obligaciones y derechos que la ley concede a quienes la ejercen (padres o abuelos) en función a la promoción integral del menor no emancipado y para la administración de sus bienes".²⁷

Puig Brutau en cambio, dice que "la denominación tradicional de patria potestad significa el poder que el ordenamiento jurídico reconoce a los progenitores sobre los hijos menores no emancipados, para el cumplimiento de los deberes de alimentación, educación e instrucción. No se trata de un derecho subjetivo de los padres, sino de las facultades que la ley les reconoce para que puedan cumplir sus deberes dirigidos al cuidado personal del hijo y a la defensa de sus intereses".²⁸

Sin embargo, para Sara Montero Duhalt, patria potestad "es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad".²⁹

Por su parte, Julien Bonnetcase señala lo siguiente: "la patria potestad es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en sus personas, como en sus patrimonios."³⁰

27 Chávez Ascencio, Manuel F. *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, México, Editorial Porrúa, 1992, pág. 262.

28 Puig Brutau, José. *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Volumen IV*. Barcelona, España. Bosch Casa Editorial, S.A., 1981, pág. 169.

29 Montero Duhalt, Sara. *Derecho de Familia*. México. Editorial Porrúa, 1990, pág. 339.

30 Bonnetcase, Julien. *Tratado Elemental de Derecho Civil. Colección Clásicos del Derecho*. México. Editorial Harla, 1993, pág. 184.

Por último, Antonio de Ibarrola la define como "una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad".³¹

Desde nuestro punto de vista, la patria potestad es un derecho natural reconocido y protegido por la ley, oponible a terceros, derivado éste de la procreación, que impone deberes a los padres y en su defecto, a los demás llamados a ejercerla, en virtud del cuidado y protección que merece el menor sujeto a ella, así como lo relativo a la administración de sus bienes.

B. NATURALEZA JURIDICA

a) Poder

Los diferentes autores que la conceptúan como un poder, lo hacen en razón de la autoridad de los padres sobre sus hijos menores, pues no es una relación jurídica en igual plano, ya que los padres ejercen una potestad.³²

Por ejemplo, Carbonnier dice que "la autoridad paterna está constituida por un conjunto de poderes conferidos al padre y a la madre, al objeto de proteger al menor frente a los peligros a que está expuesto en razón de su juventud e inexperiencia".³³

³¹ Ibarrola, Antonio de. *Derecho de Familia*. México. Editorial Porrúa, S.A., 1964, pág. 441.

³² Cfr. Chávez Ascencio. *Ob. cit.* pág. 280

³³ Carbonnier, Jean. *Derecho Civil*, Tomo II, volumen II. Barcelona, España. Bosch Casa Editorial. 1960, pág. 357.

Enseguida, vemos que Peña Bernaldo de Quirós señala que "se trata de un poder para cumplir deberes intransferibles. De ahí el carácter personalísimo de la patria potestad".³⁴

Zannoni opina que "se trata de un poder reconocido por ley, como medio de actuar el cumplimiento de un deber. En otras palabras, el poder paterno o materno en punto (sic) a los fines, no es una mera prerrogativa disponible del padre o de la madre. Ellos deben -están obligados- a ejercerlo; y es más; están obligados a ejercerlo personalmente ya que ese ejercicio es indelegable a terceros".³⁵

Por su parte, Galindo Garfias dice lo siguiente: "La facultad y la obligación, la potestad y el deber en la patria potestad, no se encuentran como ocurre en otras figuras jurídicas en una situación de oposición, y no corresponden el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder, se ha convertido para el cumplimiento de un deber".³⁶

El Dr. Clemente de Diego también señala que "La patria potestad es el poder que a los padres corresponde para el buen régimen y gobierno de la sociedad paterno-filial. Lo que consiste en un debido cumplimiento de las relaciones de asistencia y protección, de guía, dirección y defensa, tanto en lo que respecta a la persona, como en lo relativo a los bienes de los hijos, mientras ellos no se basten a sí mismos".³⁷

³⁴ Peña Bernaldo de Quirós. Ob. cit. pág. 507

³⁵ Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil, Derecho de Familia*, volumen II. Buenos Aires, Argentina. Astrea Editorial, 1978, pág. 452.

³⁶ Loc. cit. pág. 673

³⁷ Loc. cit. pág. 656.

Y Galindo Garfias habla de que para lograr esa finalidad "tuitiva que debe ser cumplida a la vez por el padre y la madre, la patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes que éstos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida que su estado de minoridad lo requiere".³⁸

b) Institución

Montero Duhalt, en su concepto establece que "es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad".³⁹

Por su parte, Galindo Garfias manifiesta que la patria potestad es "una institución establecida por el derecho, con la finalidad de asistencia y protección a los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecido legalmente; ya se trate de nacidos de matrimonio, de hijos nacidos fuera de él, o de hijos adoptivos".⁴⁰

A su vez, Puig Peña, también la señala como una institución jurídica, "es decir, el trasunto en la ley de la situación de hecho que surge en las relaciones paterno-filiales. La ley la disciplina, y de sus preceptos es posible deducir en todo en donde, por encima de la variedad de sus disposiciones, se descubre la armonía de la institución".⁴¹

³⁸ Loc. cit., pág. 667.

³⁹ Loc. cit., pág. 339

⁴⁰ Loc. cit., pág. 677

⁴¹ Puig Peña, Federico. *Tratado Elemental de Derecho Español*. Tomo II. Volumen II. Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 197

c) Facultades y deberes

A este respecto, De Pina dice que "la patria potestad se define como el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria".⁴²

En el mismo orden de ideas, Puig Peña señala que "se trata pues a nuestro juicio de un reconocimiento de una facultad natural. No es que los padres tengan la propiedad sobre sus hijos, como sostenían las viejas doctrinas".⁴³

La siguiente jurisprudencia manifiesta que "La patria potestad no deriva del contrato de 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 naturales paterno-filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él".⁴⁴

Acorde con nuestro concepto de patria potestad, nos adherimos a dicha jurisprudencia, respecto de la naturaleza jurídica de esta figura jurídica por considerar que la misma se deriva del derecho natural de procreación, que da origen a la relación paterno-filial.

⁴² De Pina, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Introducción-Personas-Familia Volumen I. México Editorial Porrúa, 1989, pág. 373.

⁴³ Loc. cit., pág. 198

⁴⁴ Amparo directo 5391/1972, Carlos Miguel Rocha Escudero, Julio 12 de 1973, unanimidad de votos, ponente Maestro Ernesto Solís López. 3ª Sala Séptima Época, Volumen 55, Cuarta Parte, pág. 47.

d) Función

El autor Castán Vázquez señala que "Se admite hoy generalmente que la patria potestad es una institución natural. La misma naturaleza, ciertamente, al conferir a los padres las personas de los hijos, parece atribuirles la función, que entraña obligaciones y facultades, de protegerles y educarles."⁴⁵

Al decir de Chávez Ascencio "patria potestad es una función, de orden público, que dentro de la relación jurídica paterno-filial desempeñan los padres o los abuelos en sustitución de aquéllos, para la custodia, educación del menor y administración de sus bienes".⁴⁶

Peña Bernaldo de Quirós, refiriéndose al carácter que la doctrina da a la patria potestad, dice que es "función tuitiva, que tiene la misión de los padres. Incluso se dice que son, como los tutores, titulares de un cargo, officium, al que se asigna la especial función de protección."⁴⁷

e) Derecho Subjetivo

Aquí, podemos ver nuevamente a Peña Bernaldo de Quirós, quien dice que "la patria potestad es un derecho subjetivo, y que es un derecho subjetivo que pertenece al campo del Derecho Civil y Privado".⁴⁸

⁴⁵ Loc. cit. pág. 13

⁴⁶ Loc. cit. pág. 284

⁴⁷ Loc. cit. pág. 506

⁴⁸ Loc. cit. pág. 506

Por su parte, Castán Vázquez indica que "En el derecho español, puede afirmarse el aspecto de derecho subjetivo que junto al de función, ofrece la patria potestad. Los deberes que al padre impone el artículo 155 del Código Civil son, al propio tiempo, derechos: así, el padre obligado respecto de los hijos a 'tenerlos en su compañía', puede reclamar a éstos de cualquiera que ilegítimamente les retenga; y para ponerse en condiciones de ejercer su autoridad, el padre puede impetrar, con apoyo de la (sic) artículo 156, el auxilio de la autoridad gubernativa".⁴⁹

Características

Dentro de las características de la patria potestad, se pueden mencionar las siguientes:

- a) **Personal.** Es un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de carácter personal, que no pueden ser cumplidos a través de terceros.

- b) **Participación de ambos.** Participan el padre y la madre, en el caso de matrimonio y concubinato, y en ausencia de ellos, los abuelos paternos o maternos. Esta forma produce a su vez otras, como son:

"La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno

⁴⁹ Loc. cit. pág. 37.

de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad".⁵⁰

Delegación. Se hace sólo a uno de los que conjuntamente deben ejercer la patria potestad (padres o abuelos), no es total sino parcial, cuando uno de los que la ejercen conviven más con el menor o porque tiene más conocimiento en alguna área.

Situaciones de urgencia. Cuando se dé una situación de este tipo, el que ejerce la patria potestad que se encuentre presente podrá resolver en el criterio de que lo hace en beneficio del menor.

Desacuerdo de los padres. Cuando se da este supuesto se acudirá al juez de lo familiar, a efecto de que resuelva lo procedente.

Ejercicio de la patria potestad por menores de edad. Al hijo menor no emancipado, corresponde ejercer la patria potestad sobre sus propios hijos (nacidos fuera de matrimonio), con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor, y en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez. Si hubiese contraído matrimonio se habría producido su emancipación.

c) **Obligatorio.** Ejercer la patria potestad es obligatorio, debido a que se deriva de su propia naturaleza, y es irrenunciable.

d) **Representación total.** Existe un conjunto de deberes orientados a la persona del menor, de contenido extramatrimonial no valorables en dinero, y que se refieren a

⁵⁰ Puig Brutau, José, Ob. cit. pág. 171

la buena educación y atención del menor, pero también existe una serie de obligaciones orientadas a la administración de los bienes del mismo.

e) **Temporal.** Debido a que termina con la muerte del que la ejerce, si ya no existe otra en quien recaiga; con la emancipación derivada del matrimonio y por la mayoría de edad del sujeto a la patria potestad.

f) **Irrenunciable.** No es renunciable, sólo excusable según lo previene el código civil en su artículo 448, y en su artículo 6° señala que sólo puede renunciarse a los derechos que no afecten directamente al interés público .

g) **Excusable.** Conforme a la ley, es posible que por las siguientes circunstancias: tener sesenta años cumplidos y existir mal estado habitual de salud, los que ejercen la patria potestad o tengan que entrar en el ejercicio de la misma, se excusen de cumplirla.

h) **Intransmisible.** Los derechos, deberes y obligaciones que se derivan de la patria potestad no se encuentran dentro del comercio, no se transfieren por algún título oneroso o gratuito. Sólo se transmiten en el caso de la adopción.

i) **Imprescriptible.** Los derechos, deberes y obligaciones que implica la patria potestad no se extinguen por el transcurso del tiempo. Quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde su obligación ni su derecho, igual sucede en el caso de quien protege y representa al menor, sin ser de los llamados a ejercerla, no adquiere este cargo por el sólo transcurso del tiempo.

j) **Tracto sucesivo.** Su ejercicio es continuado y por el tiempo necesario hasta que como institución se acaba, implica una serie sucesiva de actos en beneficio de la educación, guarda y atención de los menores.

k) **Interés social o público.** Esto en virtud de los que la ejercen pues conforme a la ley es irrenunciable, así como por el interés del Estado a través de sus funcionarios.

l) **Responsabilidad en el ejercicio de la patria potestad.** La persona que ejerce la patria potestad tiene la obligación de dar cuenta de su administración, al sujeto a ella, y entregarle todos los bienes y frutos que le pertenecen cuando se emancipe o llegue a la mayoría de edad. En el caso de una mala administración se puede generar daños y perjuicios.

C) SUJETOS

Sobre el tema existe divergencia de opinión entre algunos de los diversos autores consultados, como se observa a continuación:

Peña Bernaldo de Quirós, al referirse a los deberes de los titulares de la patria potestad deja ver a quiénes considera él como sujetos pasivos de la patria potestad: "Aun en los casos en que se traducen en obligaciones patrimoniales, no hay ni mancomunidad simple ni mancomunidad solidaria porque no hay obligaciones únicas con pluralidad de sujetos pasivos sino pluralidad de obligaciones independientes con distintos sujetos pasivos (el padre y la madre)".⁵¹

⁵¹ Loc. cit., pág. 511.

Clemente de Diego señala lo siguiente: "...los hijos tienen derecho a la vida, tienen personalidad y, por lo tanto, tienen derecho a los medios necesarios para sostener aquella y perfeccionar ésta; en estas relaciones de asistencia y protección que surgen a merced del ingreso de los hijos en la familia, éstos son los sujetos activos del derecho;..."⁵²

Sara Montero indica que "Los sujetos activos de la patria potestad son: los padres conjuntamente, o solamente la madre, o sólo el padre; los abuelos tanto paternos como maternos, unos u otros, o uno sólo(sic) de cada pareja".⁵³

Sobre el particular, de Diego opina que "... los padres son los obligados, los sujetos pasivos, y aunque las leyes otorguen a éstos medios, facultades o potestades para cumplir tales deberes de asistencia y protección."⁵⁴

José Ma. Castán, en su libro "La patria potestad", en el punto I del capítulo Segundo de los Sujetos de la Patria Potestad, señala como Sujetos Activos de la misma a los padres del menor; y en el punto II, relativo a los Sujetos Pasivos, a los menores sujetos a ella.

A este respecto, Montero Duhalt opina "Los sujetos pasivos son únicamente los hijos o nietos menores de edad. Nunca existe patria potestad sobre ellos si fueren mayores de edad. Y si los menores no tienen padres o abuelos tampoco estarán sujetos a patria potestad; se les nombrará tutor"⁵⁵.

52 Loc. cit., pág. 656.

53 Loc. cit., pág. 344.

54 Loc. cit., pág. 656.

55 Loc. cit., pág. 344.

1. Activos

En concordancia con Montero Duhalt y Castán Vázquez, opino que los padres, y en su defecto, los demás llamados a ejercer la patria potestad según nuestra legislación, son los sujetos activos de la misma, en razón de que son ellos quienes deben ejercitar su derecho en cuanto a ésta, así como realizar todo lo necesario para la protección y cuidado del menor, como de sus bienes.

Hijos legítimos: Respecto de ellos, se atribuye la patria potestad en forma conjunta a ambos padres. En ocasiones, es la madre quien debe ejercerla aun en vida del padre, como por ejemplo: Que el padre se encuentre imposibilitado para cumplir con sus funciones, se halle ausente; en estado de interdicción, o de locura; en caso de divorcio y le sea otorgada por resolución judicial; cuando sea declarada por el tribunal correspondiente la pérdida de la patria potestad respecto del padre.

La patria potestad sobre los hijos de matrimonio es ejercida por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela paternos, y por el abuelo y la abuela maternos (art. 414 del Código Civil.).

Como ya se mencionó hasta antes de la Ley Sobre Relaciones Familiares la patria potestad sólo la ejercía una persona y en la actualidad es por pareja, considerándose esto más conveniente para la educación del menor.

En el código civil de 1870, la comisión encargada de la creación de éste, reconoció entre otros derechos de la mujer el ejercicio de la patria potestad, considerando el amor

maternal, como el más acendrado y tal vez el único verdadero en el mundo, considerando que ese noble sentimiento haría que la mujer siguiera el buen consejo, y en el caso de obrar mal alguna vez, difícilmente sería en forma intencionada. Además de lo anterior, declaró la patria potestad a los abuelos y abuelas. El pensamiento dominante de la comisión, al respecto, fue el de no introducir en los negocios domésticos a personas extrañas, a menos que no se pudiera evitar.

En el Código Civil citado en el párrafo anterior y en el de 1884 la patria potestad era ejercida en primer término, por el padre y después por la madre (arts. 392 y 366, respectivamente). En caso de que el llamado preferentemente no pudiera hacerlo (por interdicción, muerte, ausencia), entraría a su ejercicio el que seguía en el orden establecido en los artículos referidos. En el artículo 241 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, se estableció que la patria potestad se ejercía en forma conjunta por ambos cónyuges o padres, abuelos paternos y abuelos maternos, estableciéndose de igual forma en nuestro Código Civil vigente.

Hijos naturales. En este caso, la patria potestad sobre los hijos naturales, legalmente reconocidos, corresponde al progenitor que primero lo haya reconocido.

En lo que respecta a los hijos nacidos fuera de matrimonio, si ambos progenitores lo reconocieron y viven juntos, ejercerán los dos la patria potestad (Art. 415 del Código Civil). En caso de darse reconocimiento sucesivo, la ejercerá el que primero lo reconozca, a menos que exista convenio entre las partes y si el juez no considera necesario modificar tal convenio (Art. 381 del Código Civil), cuando viven separados y los hayan reconocido en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ha de ejercerla, de no hacerlo así, resolverá el juez de lo familiar.

Debe existir respeto hacia quienes ejercen la patria potestad, así como a las decisiones que tomen, por parte de las demás personas. La importancia y responsabilidad de los progenitores fue reconocida en la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada en la 44a. sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, a la que México se adhirió y se aprobó por el Senado el 19 de junio de 1990. (Diario Oficial de la Federación del 31 de julio de 1990).

En caso de que el hijo sea adoptado, sólo quienes lo adopten podrán ejercer la patria potestad sobre él. Si el menor adoptado no estuviere antes bajo la patria potestad, no será transmisión de ésta, sino creación.

2. Pasivos

Acorde con el punto anterior, coincido también con los autores ya mencionados, en que los menores bajo la autoridad paterna son los sujetos pasivos de esta institución, por ser ellos los que reciben los beneficios que esa institución jurídica proporciona.

D. EFECTOS JURIDICOS

1. Persona

Sujetos Pasivos

Los menores sujetos a patria potestad tienen derechos y obligaciones, entre los cuales se encuentran el honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, conforme al

artículo 411 del Código Civil, este deber es principalmente ético, y no termina con la emancipación, pues es una consecuencia de la relación paterno-filial.

Otro de los deberes es el no dejar la casa de los que ejercen la patria potestad, sin permiso de ellos o por decreto de autoridad competente, tampoco puede comparecer en juicio ni contraer obligación alguna, sin consentimiento del sujeto activo, a menos que el juez resuelva al respecto en caso de ser necesario.

Sujetos Activos

Existen diversos derechos y obligaciones que tienen estos sujetos, como son los siguientes:

- **Educación** Conforme al artículo 308 del Código Civil este deber es parte de los alimentos, la educación mínima debe ser la primaria y la preparación mínima para que el menor pueda tener un medio de trabajo para bastarse a sí mismo. Por lo general, corresponde a una misma persona el ejercicio de la patria potestad y el deber de alimento, aunque no siempre es así. Los sujetos activos además de la guarda material, tienen la vigilancia y dirección de los menores, referente a sus relaciones con las demás personas y a su instrucción.

Además de la responsabilidad civil de proporcionar educación a los menores, se encuentra la administrativa, pues en la Ley General de Educación (publicada el 13 de julio de 1993 en el Diario Oficial de la Federación), en su artículo 4º, segundo párrafo;

se establece que "es obligación de los mexicanos hacer que sus hijos o pupilos menores de edad cursen educación primaria y la secundaria", en correlación con el artículo 3º de nuestra Constitución Política.

Dentro de la educación, se encuentra comprendida la educación moral, entendida ésta como la orientación en cuanto a su conducta, transmitir los valores éticos de la familia y de la comunidad según la cultura de cada país.

También se puede incluir la educación religiosa, que es un derecho protegido por nuestra Constitución en su artículo 24, tomando en consideración los padres la madurez del hijo, pero en tanto no alcance la mayoría de edad, ellos podrán transmitir la educación religiosa, misma que se da principalmente a través de su propio testimonio.

La educación y la instrucción se encuentran ligadas entre sí, quien se encargue de la instrucción del menor influirá decisivamente sobre su educación.

Si no se cumple con esta obligación y es del conocimiento de los Consejos Locales de Tutela se da aviso al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

- **Corrección.** Este deber se deriva del de educación, en el artículo 423 del Código Civil se otorga la facultad de corregir a los que se encuentran bajo la patria potestad, anteriormente se concedía la facultad para castigar, mas debido al abuso de esta facultad fue suprimida y en el actual Código Penal se establece que "al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o

privación de aquellos derechos", aunque el mismo Ordenamiento legal señala en su artículo 347 que "los golpes dados y las violencias simples hechas en ejercicio del derecho de corrección, no son punibles".

La palabra corrección es de origen latino (correctio). Es reprensión o censura de un delito, falta o defecto; acción y efecto de corregir o de enmendar lo errado y defectuoso. El Código Civil como se dijo en el párrafo anterior otorga a los que ejercen la patria potestad la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos ya fueren legítimos, legitimados, naturales, reconocidos y adoptivos, en tanto no estén emancipados, y autoriza a aquéllos para que, en apoyo de su potestad, pidan auxilio a la autoridad gubernativa, quien deberá proporcionarlo cuando sea necesario, aplicando amonestaciones y correctivos.

La costumbre permite que los padres castiguen a sus hijos a efecto de que se sometan a su autoridad, pero tales castigos deben de ser con moderación conforme al precepto legal citado y sólo, en interés del menor, de la familia y de la sociedad.

- **Buen ejemplo.** En el mismo artículo 423 del Código Civil se indica que quienes ejerzan la patria potestad deben de observar una conducta que sirva a los sujetos a ella, de buen ejemplo.

- **Establecer Domicilio.** En virtud de que el Código Civil señala que el sujeto a patria potestad no podrá dejar la casa de quienes ejercen la autoridad paterna, sin permiso de ellos o por decreto de autoridad competente, se desprende que éstos tienen el deber de proporcionar un domicilio al menor. El derecho-deber que tienen de custodiar

al menor puede ejercitarse personalmente o por intermediación, siempre y cuando sea en interés del menor.

- **Custodia.** Esta se hace posible por el establecimiento del domicilio, debiendo hacerse con la atención y diligencia inherente a la relación íntima paterno-filial, incluyéndose dentro de ella otros deberes y derechos correlativos como son: la convivencia, protección a la persona, vigilancia de sus actos.

. Convivencia. Es una consecuencia del deber de custodia, que tiene por objetivo lograr la estabilidad personal y emocional del menor, dándole afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual.

. Protección a la persona. Protegerlo "frente a todo peligro que pueda amenazar su salud física y moral".

. Vigilancia de sus actos. - Artículo 1922 Código Civil, este deber es para la formación de los hijos, se les vigila dentro de la familia y fuera de ella, no solamente para evitar daños, sino para preservarlos a ellos como seres humanos.

- **Representación legal.** De acuerdo con el artículo 424 del Código Civil, por ser los menores de edad incapaces de ejercicio, los que ejerzan la patria potestad actuarán en su nombre y representación.

2. Bienes

- **Administración de los bienes.** En relación a la administración y al usufructo, los bienes se dividen en dos clases: Bienes que adquiere por su trabajo, que le pertenecen al menor en propiedad, usufructo y administración, y bienes obtenidos por

otro concepto (herencias, legados, donaciones, azares de la fortuna), los cuales le pertenecen en propiedad y la mitad del usufructo, mas sin embargo la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a quienes ejercen la patria potestad. Los padres pueden renunciar a su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar la renuncia por escrito, o de cualquier modo que no deje lugar a dudas, entendiéndose esta renuncia como donación en favor del hijo.

Cuando la patria potestad la ejercen ambos padres, abuelos (paternos o maternos), y en su caso los adoptantes; quien de entre la pareja sea designado por común acuerdo para ser el administrador lo hará, consultando en todo lo relativo a su pareja y necesitando para lo más importante, su consentimiento expreso.

Al ejercer la patria potestad, quien lo hace es el representante legal y el administrador de los bienes del menor, representándolo en juicio aun cuando no puede celebrar arreglo alguno para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su pareja, y cuando así lo requiera la ley, con autorización judicial.

Quien ejerce la patria potestad, como simple administrador no tiene facultades para actos de dominio, por lo que no puede enajenar ni gravar los bienes muebles e inmuebles del menor. Sólo podrá hacerlo en caso de extrema necesidad o de un gran beneficio, pero siempre con previa autorización judicial.

Una vez concedida dicha autorización, el juez tomará medidas a efecto de que el producto de la venta se dedique al objeto para el cual se destinó, y si hay excedente éste se invierta en un inmueble o se realice hipoteca a favor del menor, depositándose

el producto de tal venta en una institución de crédito, y sin que pueda el que ejerce la patria potestad, disponer de él sin autorización judicial.

Otras de las limitaciones del derecho de administrar los bienes son: El que ejerce la patria potestad no podrá celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; no podrá vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados, por menor valor del que se coticen en el mercado, no podrá hacer donación de los bienes, ni condonar deudas, ni puede dar fianza en representación de los bienes de los hijos.

En el supuesto de que quienes ejercen la patria potestad realicen una mala administración de los bienes, la ley otorga facultad a cualquier persona que tenga interés, o al propio menor si ya tiene catorce años, con intervención del Ministerio Público en su caso.

La intervención judicial autorizada para los casos a que se hace referencia, son los expresamente admitidos por el legislador, precisa siempre un requerimiento expreso al juez, no estando permitida la intervención de oficio.

E. SUSPENSION, PERDIDA Y EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

Por lo que se refiere a estos términos, de Pina señala que la legislación civil los distingue entre ellos, de la siguiente forma: "La patria potestad se acaba cuando, sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir; se pierde, cuando por motivos en que

aparece culpabilidad del titular, en el cumplimiento de sus deberes, dispone la ley su privación y se suspende, cuando por razón de alguna incapacidad no la puede seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido éste sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión."⁵⁶

a) En el artículo 447 del Código Civil se señala que la patria potestad se suspende:

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

Por lo que se refiere a la fracción I se supone que quien ejerza la patria potestad debe entenderse en pleno ejercicio de sus derechos a fin de que pueda ser representante del menor; en cuanto a la fracción II, es evidente que una persona que se encuentra ausente, no puede ejercitar ninguno de sus derechos, aun cuando no se sepa si aún vive; y por lo que hace a la fracción III, es posible que debido a determinada conducta de quien o quienes ejerzan la patria potestad, sea considerada inconveniente por el juez para efectos del ejercicio de ésta, en virtud de que pueda perjudicar los intereses del menor.

Mas sin embargo, se habla de suspensión de la patria potestad, en razón de que en un determinado momento pueden desaparecer estas causas al recobrase la capacidad de

⁵⁶ Loc. cit., pág 381

ejercicio, regresar el ausente o extinguirse la condena, en su caso. Para dar por concluidas estas causas deberá de darse la intervención judicial declarando la recuperación de la patria potestad a quien se le haya suspendido.

b) Pérdida

El artículo 444 del Código Civil, establece lo siguiente:

"La patria potestad se pierde:

- I. Cuando el que la ejerza 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, aun 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. Relativo a este punto, de Pina hace referencia a lo siguiente:

"El padre que no demuestra interés alguno y descuida proveer a la subsistencia, cuidado y educación de su hijo (menor), a pesar de que, con más o menos facilidad, tuvo a su alcance los medios para ello, debe perder la patria potestad, de acuerdo con lo previsto por el artículo 444, fracción IV del Código Civil para el Distrito Federal. No es obstáculo para concluir que hay abandono del menor sobre quien se ejerce la patria potestad, abandono que importa la pérdida de este derecho la circunstancia de que el otro progenitor haya proveído a su subsistencia y cuidado, pues la situación de desamparo debe juzgarse según la conducta de quien realiza el abandono y con independencia de la del otro progenitor; de lo contrario, se llegaría a autorizar el que uno de los padres dejara de cumplir absolutamente sus obligaciones por la mera circunstancia de que el otro sí cumpliera con las que le incumben. (Amparo directo 2101/1952. Resuelto el 6 de diciembre de 1952)."⁵⁷

En las causas que proporciona este artículo se presupone una declaración judicial determinada por razones que justifiquen en forma legal tal pérdida, para aquéllos a quienes corresponda la patria potestad, en virtud de que su conducta sea perjudicial para la salud, seguridad o moralidad de los menores.

c) Extinción

De Pina hace una clasificación de los modos de acabarse la patria potestad, según que la extinguen en sí misma o con relación a las personas que la ejercen, en

⁵⁷ Cfr. De Pina, Rafael, Loc. cit., pág. 362

absolutos y relativos. Señala que en el primer caso se trata de extinción propiamente dicha y, en el segundo, de pérdida de la patria potestad.

De acuerdo al artículo 443 del Código Civil, la patria potestad se acaba con las causas que a continuación se mencionan; señalándolas de Pina, como modos absolutos.⁵⁸

- I. 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.

Por lo que este precepto legal establece, se observa que son las únicas causas por las que esta figura jurídica puede extinguirse, entendiéndose en la fracción I, que a falta de cualquiera de los llamados a ejercerla se nombrará un tutor para el sujeto a ella; no habiendo mayor explicación para las otras dos fracciones.

⁵⁸ Cfr. Loc. cit., pág. 381

CAPITULO III

**EXEGESIS DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN TERMINOS DEL
CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

A. Exposición de motivos

En la exposición de motivos que realizan los señores José Ma. Lozano, Diputado presidente; Guillermo Valle, Diputado secretario; Protasio P. Tagle, Diputado secretario; del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, manifiestan que en el Libro Primero, De las Personas, Título Quinto, Del matrimonio, en su artículo 6º de la Ley del 23 de julio de 1859, habla de padres y abuelos paternos, dudándose si se comprende en ella a la madre y a la abuela paterna, y sin comprenderse la exclusión de ella a los abuelos maternos.

En atención a los antecedentes estudiados en el primer capítulo, es de suponer que dicha exclusión se da en consecuencia de la cultura y derecho existente en los tiempos antiguos, sin embargo, en la época actual afortunadamente esta situación ha cambiado al incluir nuestras leyes vigentes a la mujer, en una forma explícita, y por ende a los abuelos maternos.

En el Título Octavo, De la Patria Potestad, dicen: "El capítulo I considera ese derecho con relación a las personas, y establece los principios de justicia que el derecho común reconoce para conservar en bien de la sociedad las relaciones de padres e hijos. Sólo,

pues, se encargará la comisión de un punto de gran importancia, y que es además una notable innovación en nuestro derecho vigente.

El Código de las Partidas y los posteriores de España, siguiendo literalmente las leyes romanas, quitaron a la madre la patria potestad, que el Fuero Juzgo le concedía. Hoy casi todos los códigos reconocen ese derecho; porque la sociedad moderna ha dispuesto ya la antigua prevención contra las mujeres, que diariamente suben en la escala social; triste era en efecto la condición de la mujer: alguna vez considerada como cosa, y siempre esclava, servía sólo en los tiempos anteriores al cristianismo para los brutales placeres del hombre, que nunca la consideraba digna de su estimación. La moral cristiana, dulcificando las costumbres y estableciendo el noble principio de la fraternidad, levantó a la mujer, que en la edad media fue ya una diosa. Pero todo su culto se reducía al amor y a los torneos. En cuanto a los derechos civiles, su condición fue casi igual a la en que la dejaron los tiempos de la barbarie; pudiendo asegurarse que hasta los últimos siglos fue cuando realmente comenzó la rehabilitación de la mujer.

Y como si bien puede decirse que la distinta educación modifica, si no desnaturaliza, los elementos morales de la mujer, no es racional ni justo extender su inferioridad más allá de las materias que exigen conocimientos especiales, y como al tratarse de la vida doméstica, la mujer tiene tanta o más inteligencia que el hombre; y como su fin, el cuidado de los hijos es tanto más eficaz cuanto más vivo es el sentimiento, no es posible ya hoy negar a una madre el ejercicio del más sagrado de los derechos.

Más como la administración de los bienes puede exigir una instrucción superior, se autoriza al padre para que pueda nombrar uno o más consultores, cuyo dictamen haya de oír la madre. Aquí brota un argumento realmente sólido. Si la madre tiene obligación de seguir el dictamen del consultor, la patria potestad es un derecho ilusorio y vale más no darlo que poner en ridículo su ejercicio. Si la madre no está obligada a seguir, sino sólo a oír, el dictamen del consultor, éste es casi inútil y no se evitan los peligros a que puede dar lugar la inexperiencia o la malicia de la mujer.

La comisión reconoce toda la fuerza de este raciocinio; mas deciden su opinión otras razones de gran peso también. Entre la denegación de la patria potestad y los peligros de su ejercicio, deben aceptarse éstos, ya porque no hay acción humana en que no amaguen; ya porque no son absolutos como aquéllos, y ya en fin, porque los unos son parciales y la otra es universal. Además, esos peligros son menores si se toma en cuenta el amor maternal, que es el más acendrado y tal vez el único verdadero que hay en el mundo. Ese noble sentimiento hará que la mujer siga el buen consejo y si alguna vez obra mal, casi nunca será intencionalmente, lo cual es otra garantía de acierto. Por otra parte, en nuestra actual legislación se corren hasta cierto punto los mismos peligros; porque pudiendo ser tutora testamentaria la madre, entra a la administración sin la traba del consultor, y puede causar grandes males a sus hijos. En fin, se cuenta con las restricciones que tanto en este libro como en un testamento ha puesto la comisión, que por lo mismo cree que la disposición que consulta, es justa y conveniente.

Mas no se contentó con este paso la comisión; sino que dando otro, declaró la patria potestad a los abuelos y abuelas. Contra los primeros, sólo puede alegarse la edad, pero como se les concede facultad de renunciar a la patria potestad, es prudente creer,

que el abuelo que no se considere ya capaz de ejercer aquel derecho lo renunciará en bien de sus descendientes. Respecto de las abuelas militan las mismas razones que respecto de la madre y concurren las mismas circunstancias que en los abuelos. El pensamiento dominante de la comisión en esta materia y en la de sucesiones ha sido no introducir en los negocios domésticos a personas extrañas, sino cuando no se puede evitar, y como en ambas debe intervenir el Ministerio Público, cree, que tienen los menores las suficientes garantías."

De esta exposición se desprende que en virtud de la discriminación que se hacía de la mujer, en la nueva legislación pretendieron darle un lugar más digno dentro de la familia y de la sociedad misma, al otorgarle el derecho de ejercer la patria potestad sobre sus hijos, aun a riesgo, según la comisión reunida, de correr peligro la administración de los bienes debido a su inexperiencia al respecto.

Por otra parte, incluyó en el ejercicio de la patria potestad, a falta de los padres, a los abuelos y abuelas, considerando ya a los abuelos maternos, aunque como se puede apreciar, tal ejercicio no se daba en forma conjunta por ambos cónyuges, sino en el siguiente orden:

"Art. 392.- La patria potestad se ejerce:

- I. Por el padre
- II. Por la madre
- III. Por el abuelo paterno
- IV. Por la abuela materna
- V. Por el abuelo materno
- VI. Por la abuela materna

Esta inclusión obedece a que no pretendían permitir que se introdujeran personas extrañas dentro de los negocios de la familia, apreciándose que una vez aceptada la madre como sujeto apto para ejercer la patria potestad sobre sus hijos, no ven inconveniente en que las abuelas también entren a su ejercicio en el orden establecido.

Mas sin embargo, no deja de percibirse el criterio existente, en cuanto a que el hombre tenía prioridad en relación con su cónyuge, para el ejercicio de esta institución.

Con posterioridad, al crearse la Ley Sobre Relaciones Familiares, en sus considerandos relativos a la patria potestad, encontramos:

"Que, de la misma manera, no siendo ya la patria potestad una institución que tiene por objeto conservar la unidad de la familia, para funciones políticas, sino la reglamentación de los deberes que la naturaleza impone en beneficio de la prole, es necesario reformar las reglas establecidas para el ejercicio de ese derecho, así como las que rigen respecto a la legitimación, cuyos beneficios deben ampliarse al reconocimiento de los hijos naturales, cuya filiación debe ser protegida contra la mancha infamante que las leyes actuales conservan con el nombre de designación de hijos espurios; a las pruebas de paternidad y otras disposiciones análogas, entre las cuales debe considerarse muy especialmente la adopción, cuyo establecimiento, novedad entre nosotros, no hace más que reconocer la libertad de afectos y consagrar

la libertad de contratación que, para este fin, no sólo tiene un objeto lícito, sino con frecuencia muy noble;"

Aquí, nos resulta evidente que el legislador toma en consideración que los deberes y prerrogativas que surgen a raíz de esta figura jurídica son de orden natural y para que sean precisamente los hijos los más beneficiados con la nueva reglamentación sobre el particular.

"Que, en cuanto a la patria potestad, no teniendo ya por objeto beneficiar al que la ejerce y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre hombre y mujer, se ha creído conveniente establecer que se ejerza conjuntamente por el padre y la madre y en defecto de éstos por abuelo y abuela, pues ningún motivo hay para excluir de ella a la mujer que, por razones naturales, se ha sacrificado por el hijo más que el mismo padre y ordinariamente le tiene más cariño, y que asimismo por lo que respecta a los bienes del hijo, se ha creído oportuno suprimir la clasificación establecida por el Código Civil, la cual no es sino reminiscencia de los peculios que establecía el derecho romano y no tenía más objeto que beneficiar al padre, por todo lo cual se ha creído conveniente establecer que los bienes del hijo sean administrados de acuerdo por los ascendientes que ejerzan la patria potestad, quienes en cualquier caso disfrutarán como remuneración por sus trabajos, la mitad del usufructo de dichos bienes, mitad que será divisible entre ambos ascendientes;..."

Es de una completa relevancia la presente exposición, toda vez que determina con precisión que la patria potestad sea ejercida conjuntamente por los ascendientes sin atender a su sexo, como anteriormente dicho ejercicio era prioritario del ascendiente

varón, resultando ser uno de los giros más contundentes en la concepción jurídica de esta institución en la creación de esta nueva Ley.

Por otra parte, esta Ley igualmente considera que a falta de los progenitores, ejerzan la patria potestad los abuelos conjuntamente, estableciendo el orden en que se habría de ejercer, como es decir:

"Artículo 241.- La patria potestad 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"

Por último, el legislador pone especial atención en el patrimonio de los hijos suprimiendo la clasificación que se tenía establecida por considerar que se beneficia al padre con ella, perjudicando evidentemente a la parte más débil que en este caso son los hijos, previendo solamente el derecho de los ascendientes que ejercen la patria potestad a disfrutar de la mitad del usufructo de los bienes como remuneración a la administración de los mismos.

"Artículo 249.- Los que ejerzan la patria potestad tendrán sobre los bienes del hijo, mientras dure la administración, la mitad del usufructo de ellos."

B. Análisis del artículo 414

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

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

En razón de que la patria potestad es un cargo de derecho privado y de interés público, los primeros llamados a ejercerla son los padres de los menores de edad, como se puede observar en este artículo. Para el Código Civil el hombre y la mujer son iguales en sus derechos y en sus obligaciones, como consecuencia, otorga el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los hijos, no marca una división de poderes y facultades entre ambos padres: todos los deberes, las cargas y poderes que establece la ley para su ejercicio, serán cumplidos por ambos cónyuges, ya sea con respecto a la persona o a los bienes de los hijos.

Según la jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de la patria potestad, a que se hace referencia en el segundo capítulo, nos señala a la patria potestad como un derecho fundado en la naturaleza, tomando como base las relaciones naturales paternofamiliares, por lo que podemos considerar que al tener al hecho biológico como la fuente real de la patria potestad; a falta de los padres, la ley la otorga a los ascendientes más próximos, abuelos paternos y maternos, en ese orden.

El artículo en análisis preestablece rígidamente el orden en el cual se debe ejercer la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, señalando claramente que el ejercicio de dicha institución jurídica deberá ser por conducto del padre y la madre y a falta de éstos serán el abuelo y la abuela paternos, y sólo a falta de ellos, el abuelo y abuela maternos.

En primer término, consideramos que se encuentra plenamente justificado el hecho de que sean el padre y la madre conjuntamente quienes ejerzan la patria potestad, toda vez que naturalmente son las personas idóneas para guiar la conducta de los menores, así como para administrar los bienes de éstos de la manera más adecuada, pues la relación sentimental paterno filial está por encima de intereses económicos y de cualquier otra índole.

En todas las definiciones de patria potestad observamos que se habla de los derechos y deberes que ejercen los padres o uno de ellos, y se señala también como una institución de asistencia y protección que tiene una naturaleza especial y un fin determinado, en razón de que el fundamento de la patria potestad está en la naturaleza humana, que confiere a los padres la misión específica de asistir y formar a sus hijos y con independencia de que el Estado la aceptara y regulara, la patria potestad se advierte en la naturaleza propia de las relaciones paterno-filiales.

En lo referente al ejercicio de la patria potestad por parte de los demás ascendientes, a falta del padre y la madre, consideramos bastante estricto el orden establecido en dicho artículo, toda vez que con esto se soslaya una diversidad de elementos que

pueden afectar al menor sujeto a la patria potestad en cuanto a su entorno social, cultural, religioso, moral, económico, etc.

La rigidez del artículo que se analiza es incluso contraria a la propia exposición de motivos, que sostiene la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, y que además sostiene que por ser la madre quien más sacrificios realiza con los hijos tiene más cariño de éstos en forma regular, tal como se desprende de los considerandos establecidos en la Ley Sobre las Relaciones Familiares "...pues ningún motivo hay para excluir de ella a la mujer que, por razones naturales, se ha sacrificado por el hijo más que el mismo padre y ordinariamente le tiene más cariño...", por lo que creemos que no hay razón suficiente para que se prefiera que a falta de los padres entren directamente al ejercicio de la patria potestad los abuelos paternos, observando que en casos similares el propio Código Civil se conduce con cierta flexibilidad, precisamente para el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio, reconocidos, en los cuales sí prevé tomar en consideración las circunstancias específicas de estos casos, lo cual desde nuestro punto de vista resulta incongruente, pues no existe motivo por el que el matrimonio sea tan determinante para establecer una diferencia sustancial en el caso que nos ocupa, es decir, la falta de los progenitores y el ejercicio de la patria potestad por parte de los abuelos.

Sobre el particular de que se trata, algunos autores se manifiestan en el siguiente sentido:

Sara Montero nos dice lo siguiente: "Con respecto al orden establecido por el artículo 414 C.C. para entrar en el ejercicio de la patria potestad, es de censurarse que

permanezca la norma discriminatoria para los abuelos maternos, dejándolos en segundo lugar con respecto a los abuelos paternos. En todo caso, y ante la idoneidad de ambas parejas de abuelos, debiera ser el juez quien determinara a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad por falta o imposibilidad de ambos padres, y teniendo siempre en cuenta el interés y bienestar de los nietos, quienes debieran también ser escuchados en sus preferencias si ya están en uso de razón (a los siete años más o menos).

Sobre los hijos reconocidos cuando faltan los padres, entrarán a ejercer la patria potestad los abuelos pero en este caso si se le otorga facultad al juez para que decida cuáles ascendientes la ejercerán tomando en cuenta las circunstancias de cada caso (art. 418 C.C.)."⁶⁰

Chávez Ascencio expone que: "... un artículo señala que queda a criterio del juez decidir si entran primero los abuelos paternos o los maternos, y el otro señala que deberá seguirse el orden establecido por el artículo 414 C.C., que previene que primero serán los paternos y después los maternos.

Para resolver esta contradicción, debemos tomar en cuenta los antecedentes legislativos, pues el artículo 418 C.C. fue modificado. El original se refería al hijo reconocido y la primera parte del actual artículo 418 C.C. es igual al derogado, sin hacer referencia al hijo reconocido. Se agregó el segundo párrafo al artículo que se comenta y se omitió mencionar al hijo reconocido.

⁶⁰ Montero, Duhall, Sara, Loc. cit., pág. 345

Como se trata de dos disposiciones contrarias, para evitarlo, y reconociendo por los antecedentes legislativos que el 418 C.C. sólo se refería al hijo reconocido, podría pensarse que la nueva redacción, aun cuando en ella no se mencione al reconocido, a él se refiere. Si optamos por esta interpretación, vemos que se trata en forma distinta el ejercicio de la patria potestad por los ascendientes, lo cual me parece no congruente, pues no siempre serán los abuelos paternos los más indicados para que suplan al padre y a la madre. Todo lo contrario, la experiencia nos dice que tienen más contacto con los nietos los abuelos maternos, pues la esposa tiende a llevarlos más con sus papás que con sus suegros. Por lo tanto, de acuerdo con la experiencia y fundándonos en que no debe haber distinción entre hijos en relación a su origen, debemos concluir que se cambió el criterio y en ambos casos (trátese de hijos de matrimonio o fuera de él) el juez resolverá el orden tomando las circunstancias del caso, lo que confirma el hecho de haber suprimido del artículo 418 la referencia al reconocimiento."⁶¹

Sobre el comentario de Chávez Ascencio, referente a la nueva redacción del artículo 418 en el cual no se menciona al reconocido, es de señalarse que aunque en dicho artículo no se menciona este supuesto, lo podemos desprender de lo establecido en el artículo que a continuación se transcribe:

Art. 415.- "Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos ejercerán ambos la patria potestad.

⁶¹ Chávez Ascencio, Manuel, Loc. cit. pág. 262

Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381."

Atendiendo a lo señalado en dicho artículo, opinamos que éste forma parte del contexto de los artículos que le siguen, por lo tanto no se ha cambiado el criterio del artículo 414, prevaleciendo aún la distinción entre los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio (reconocidos).

También sobre el particular, encontramos en la siguiente jurisprudencia que en la legislación del estado de Puebla no existe prelación en el orden para que los abuelos paternos y maternos entren al ejercicio de la patria potestad.

"Una correcta interpretación de lo dispuesto por el artículo 606 del nuevo Código Civil del Estado de Puebla, permite concluir que por falta o impedimento del padre o de la madre, la patria potestad corresponde tanto a los abuelos paternos como a los maternos sin sujeción a ningún orden, pero siempre a ambos, es decir entendidos por parejas en una y otra línea, debiendo ser llamados al procedimiento para convenir entre ellos quiénes la ejercerán, tal como dispone la fracción I del artículo 607 del mismo ordenamiento legal; y sólo para el caso de que no se pongan de acuerdo, corresponde al juzgador decidir a quién otorgar la patria potestad atendiendo siempre a lo más conveniente para los intereses del menor. La consideración anterior se deriva de que si el diverso artículo 598 establece que la patria potestad se ejerce tanto por el padre como por la madre conjuntamente, también así debe ejercitarse tratándose de los abuelos, pues ello no puede tener más finalidad que la de buscar un desarrollo íntegro en el menor, de ahí que se establezca por el legislador que los abuelos de una

y otra línea comparezcan al juicio a deducir sus derechos buscando siempre lo más benéfico para el menor".⁶²

Por lo expresado anteriormente, consideramos que no existe una razón contundente para que el orden establecido por el artículo que se analiza, tenga tanta rigidez, toda vez que como se mencionó, el propio Código Civil contempla que el ejercicio de la patria potestad por parte de los abuelos sea el más conveniente para el menor, atendiendo al caso concreto, por lo que no debería existir distinción entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y los nacidos fuera de él, creyendo más adecuado que los abuelos que entren al ejercicio de la patria potestad sean precisamente quienes el Juez de lo familiar estime más aptos para dicha función, en atención al conocimiento que rodea al caso concreto.

Consideramos pertinente y necesaria su intervención al igual que lo es en el artículo 418, a fin de que sea él quien determine a quién correspondería el ejercicio de la patria potestad, buscando lo que más beneficie al menor, tomando en cuenta todas aquellas circunstancias que rodean a un caso concreto, como son, la relación sentimental que tiene el menor con unos y otros abuelos, la situación económica de los abuelos, la compatibilidad en cuanto a las costumbres entre el menor y los abuelos, el domicilio de unos y otros, y las consecuencias que generaría un drástico cambio de domicilio para el menor como sería el caso de cambiar a diferente entidad federativa o incluso de país, las edades de los abuelos y los menores, la diversidad de religión, la calidad moral de los abuelos en cuanto al buen ejemplo que proporcionarían para la educación y formación de carácter del menor. Los padres o ascendientes en este caso, están

⁶² Amparo directo 107/94. Elfrain Popócati Popócati. 4 de mayo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Cavillo Rangel. Secretario Humberto Schettino Reyna. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Época 8A, Tomo XIV-Julio, pág. 693.

obligados a procurar a los menores sujetos a la patria potestad todo lo necesario para el sustento, vestido, educación y prepararlos para su inserción en la comunidad. en general, todos aquellos elementos para una formación integral de los menores.

A este respecto, Antonio de Ibarrola citando a Pío XII, expresa lo siguiente:

"Cada que nace un niño surge la interrogación: ¿Qué será de él? Exige la misma respuesta: este niño será lo que sus padres le ayuden a ser. Y agrega Pío XII: para que esta esperanza no defraude, sino que se realice plenamente, hay que educar al niño y educarlo bien. Educación física que fortalezca las energías del cuerpo, educación intelectual que desarrolle y enriquezca los recursos del espíritu, educación moral y religiosa que ilumine y guíe a la inteligencia, que forme y que fortifique la voluntad, que discipline y santifique las costumbres".⁶³

Es fundamental que el niño en su desarrollo adquiera ciertos principios directivos: no puede prescindir de la concepción del bien y del mal, no existe educación sin principios, es conveniente y esencial saber y decir a dónde vamos cuando se trata de guiar a los demás, en particular, si se trata de un menor. La patria potestad al otorgar el derecho a educar, impone también la obligación de hacerlo en forma serena, justa, verdadera y comprensiva.

La instrucción que deben de proporcionar los padres o ascendientes siempre repercute al menor, incluso aquí cabría citar uno de los proverbios de Salomón que dice: "Instruye al niño en su camino y aun cuando fuere viejo no se apartará de él",

⁶³ Cit. Pos. Cfr. Loc. cit., pág. 446.

resumiendo en ello que del encargado de la guía y dirección de un menor depende en gran manera, lo que un niño llegue a ser en la edad adulta. La educación y la instrucción, están ligadas íntima y necesariamente: La persona encargada de la instrucción del niño tendrá un papel decisivo sobre su educación.

C. La autoridad judicial, órgano competente para determinar el ejercicio de la patria potestad (caso del Art. 416).

El artículo 416 Código Civil, en relación con el 417, prevé que para el caso de que falten los padres del hijo reconocido, nacido fuera de matrimonio, entrarán al ejercicio de la patria potestad los abuelos paternos y maternos, pero en el orden que el Juez de lo Familiar establezca, lo cual se manifiesta de la siguiente manera:

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

"Artículo 416.- A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso".

Es relevante atender a la parte final del artículo 418, que señala que el Juez de lo Familiar está facultado para determinar el orden en que entrarán los abuelos al ejercicio de la patria potestad pero tomando en consideración todas aquellas circunstancias que rodean al caso concreto y que ayudarán a determinar lo que sea de mayor beneficio para el menor.

Consideramos más adecuada esta posición, en virtud de que como se señaló en el inciso B, no existe razón válida o contundente para preestablecer con rigidez a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad sin tomar en consideración lo que sería más conveniente para el menor, razón por la que insistimos en la irrelevancia de la clasificación que hace el Código Civil entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, reconocidos, por lo que creemos que lo más adecuado sería prever la intervención del Juez de lo Familiar en ambos casos, a fin de que sea el menor quien se beneficie de esta situación.

Es evidente por lo tanto, que los que ejercen la patria potestad pueden afectar a la persona del menor en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o en la consideración que de sí misma tengan ellos y los demás.

El Estado, como custodio del bien común, tiene la función básica de proteger las instituciones que favorecen el desarrollo de los hombres, así como crear las que pide el mismo bien común; al ser la familia una de las principales que debe de proteger, y siendo el niño además de un miembro de la familia, un ciudadano en potencia, tiene el Estado el deber de vigilar que ésta desempeñe sus deberes conforme le corresponde.

En la actualidad contemplamos la intervención del Estado aun en esferas antes respetadas por él, siendo una de ellas la familia. En los antecedentes pudimos percatarnos cómo el derecho antiguo dejaba absoluta libertad a los padres en el ejercicio de la patria potestad, como consecuencia, era un poder arbitrario sobre la persona y bienes de los menores, que a través del transcurso del tiempo se fue suavizando, llegando a tener ahora el carácter de función. El artículo 413 del Código Civil señala que el ejercicio de la patria potestad queda sujeto a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con la Ley Sobre Prevención Social de Delincuencia Infantil para menores Infractores del Departamento del Distrito Federal, ahora Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, publicada esta última en el Diario Oficial del 24 de diciembre de 1991.

Conocemos que en un principio, era común que la familia ejerciera la protección de cada uno de sus miembros. La comunidad familiar se protegía a sí misma por la unión de sus componentes, tanto contra accidentes de la naturaleza y animales feroces, así como contra los hombres, al hacer justicia por su propia mano, como era frecuente en las acciones de venganza familiar u homicidio para saldar una deuda de sangre. Todos los miembros de la familia, incluyendo a los parientes que no vivían con ella, se sentían obligados a tomar venganza del ataque efectuado contra uno de sus integrantes.

A la fecha el Estado ha asumido parte de esa función protectora por medio del derecho, la policía y la justicia, sin que por ello la familia haya dejado de velar por la vida y el honor de sus miembros.

En la Declaración de Ginebra de 1923, aceptada por el Consejo General de la Unión Internacional de Socorro a los niños, reconoce que los seres humanos debemos de procurar a los niños lo siguiente:

- a) El niño ha de ser puesto en condiciones de desarrollarse de manera normal, material y espiritualmente,**
- b) El niño hambriento ha de ser alimentado; el niño enfermo ha de ser cuidado; el niño atrasado ha de ser estimulado; el niño desviado ha de ser conducido; el huérfano y el abandonado han de ser recogidos y auxiliados;**
- c) El niño ha de ser el primero en recibir auxilios en tiempo de calamidades;**
- d) El niño ha de ser puesto en situación de ganarse la vida y ha de ser protegido contra cualquier explotación**
- e) El niño ha de ser educado en el sentimiento de que sus mejores cualidades deberá ponerlas a disposición de sus hermanos.**

De acuerdo a nuestras leyes la procreación es uno de los fines del matrimonio, siendo los hijos el fruto de la unión del hombre y la mujer, debe procurárseles un ambiente adecuado y favorable para su formación, al faltar los padres, corresponde esta función a los abuelos ya sean paternos o maternos. La educación del niño asegura su progreso como ser humano, empero en ocasiones la falta de tacto e incomprendiones nos hacen olvidar que entre los derechos y necesidades del niño se encuentran precisamente el recibir ternura y sentirse amado.

Cuando el bien común se encuentra en peligro por el descuido y negligencia de los ascendientes, el Estado puede obligarlos a hacer por los sujetos a la patria potestad lo que este bien exige; razón por la que estamos de acuerdo con que la autoridad tenga injerencia en el otorgamiento de la patria potestad a los abuelos que él considere será más conveniente para el menor.

El papel que tienen los ascendientes en la educación de los niños es un factor importante y además difícil debido a la crisis moral y al aumento de la criminalidad. Además, en ocasiones se observa que siendo el rol natural de la familia proteger al niño, éste es cambiado, ya que es frecuente que los ascendientes abusen de su autoridad o que, por el contrario, descuiden usar de ella. En tal caso, el Estado debe coadyuvar a la protección del niño determinando qué es lo más conveniente para su formación integral, a través de la figura del Juez de lo Familiar, como lo establece el Código Civil.

Gran parte para la justificación de la intervención estatal, está en la necesidad de proteger a los menores, con frecuencia nos enteramos por diferentes medios sobre maltratos de menores, golpes, abandonos, etc., que como miembros de una sociedad no debemos aceptar, además de que para el caso de que trata el artículo 418, consideramos que la autoridad debe de seguir participando en una forma activa, para que el ejercicio de la patria potestad sea otorgada efectivamente en beneficio del menor, desde todos los puntos a analizarse.

D. Elementos auxiliares para el criterio del juzgador en la determinación del ejercicio de la patria potestad

Previendo que se aceptara y regulara la intervención del Estado a través de la figura del Juez de lo Familiar en el caso del artículo 414, a fin de que él determine a quién corresponde ejercer la patria potestad sobre los menores nacidos dentro de matrimonio, como se encuentra regulado en el supuesto del artículo 418, para los hijos reconocidos nacidos fuera del matrimonio, se le presentaría la problemática de determinar cuál de los ascendientes es más apto, o cuál se encuentra en mejor circunstancia para ejercer la patria potestad, a falta de los padres; siendo ésta una cuestión que como ya se ha manifestado debe resolverse en cada caso en particular. En tal virtud, habría una serie de hechos a considerar, como son: qué abuelos se hallan en situación de proveer a las necesidades del menor, en caso de que éste no tenga bienes; si los tiene, quién es más apto para administrarlos; pero sobre todo, tomando en primer lugar, los factores educacionales y morales que influirán decisivamente en la formación del menor y en su preparación para la vida.

Como se ha venido analizando a través de la presente exposición, con relación a los hijos de matrimonio, el art. 414 establece un criterio rígido, mediante un orden de prelación que acuerda la patria potestad en primer lugar a los abuelos paternos, y en segundo lugar a los maternos; en tal caso, el juez deberá respetar ese orden. La norma del artículo 418 es más flexible y otorga un margen mayor al arbitrio judicial, ya que permite al juez determinar el orden de los ascendientes que entrarán al ejercicio de la patria potestad, según sean las circunstancias del caso; en este aspecto como también ya lo hemos establecido se hallan mejor protegidos los hijos habidos fuera de matrimonio, pues un arbitrio judicial puede lograr una mejor solución, que la aplicación de un criterio rígido impuesto por la letra de la ley, cuando consideramos que el ejercicio de la patria potestad debe analizarse desde varios puntos de vista.

Por ello, somos de la idea de que para que el juzgador pueda crearse un criterio objetivo en cuanto a qué pareja de abuelos le correspondería ejercer la patria potestad sobre el menor sujeto a ella en el caso de que falten los padres, y que realmente la decisión que se tome sea en beneficio de éste, debe el juez de allegarse de todos los elementos necesarios que le coadyuven a determinar lo conducente en cada caso en particular.

Al respecto, creemos que además de los elementos que se encuentran previstos por la legislación aplicable, se implementen como medios auxiliares y probatorios dos estudios: uno socioeconómico y el otro, psicológico; mismos que ayudarán al juez a conocer de una forma más clara y concreta la situación económica, moral y mental en

que se encuentren ambas parejas de abuelos; pudiendo con ello precisar cuál pareja de ellos estaría en o mejor posibilidad de proporcionar al menor todas aquellas condiciones necesarias para su desarrollo normal, dentro de un ambiente adecuado y favorable para su formación como ser humano e integrante de una sociedad, poniendo en sus manos las bases y herramientas que le conducirán a tal logro; como serían la educación, valores morales, alimento, domicilio, en fin, todo aquello que hemos venido manifestando al respecto en este capítulo.

Tal proposición, se hace tomando como fundamento lo establecido en el artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles, que a la letra dice: "Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juezgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la Ley ni sean contrarias a la moral", así como lo señalado en el 279: "Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquiera diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes, oyéndolas y procurando en todo su igualdad".

Para reforzar lo anteriormente dicho, cabe mencionar lo señalado por el artículo 289 del código citado, como es: "Son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos".

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BOLSA

Considerando que la determinación por parte del juzgador, de cuál pareja de abuelos es la idónea para ejercer la patria potestad sobre el menor, sería un hecho dudoso y controvertido, la aplicación de dichos estudios le serviría de una gran utilidad.

Ahora, debido a la naturaleza propia de los estudios propuestos para implementarse en el procedimiento como elementos coadyuvantes, se requeriría que éstos fueran aplicados y practicados por personas especializadas sobre la materia, como serían trabajadores sociales y psicólogos considerando lo señalado en el artículo 293 del código en comento, que dice: "La prueba pericial procede cuando sean necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o industria o la mande la Ley, y se ofrecerá expresando los puntos sobre los que versará, sin lo cual no será admitida, y si se quiere, las cuestiones que deban resolver los peritos".

Una vez realizados dichos estudios, el Juez podrá proceder según el artículo 402 del código procedimental, que establece: "Los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia. En todo caso el Tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión".

De lo anterior podemos concluir que una vez que el Juez de lo Familiar haya utilizado todos los elementos y medios necesarios para resolver a qué pareja de abuelos corresponde el otorgamiento de la patria potestad, lo hará mediante un criterio objetivo y con la convicción de que resolvió conforme a lo que más favorece al menor al concederle a la pareja de abuelos idónea para su ejercicio; transmitiendo con ello, además, tal convicción a nosotros como Sociedad.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La evolución de la patria potestad al dejar de ser facultad privativa del varón, y al pasar en la actualidad a un plano de igualdad jurídica tanto para el hombre como para la mujer, abre paso para que los ascendientes que han de ejercerla a falta de los padres, puedan ser de manera indistinta los abuelos maternos o paternos.

SEGUNDA.- Deben derogarse las fracciones II y III del artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, toda vez que la diferencia en él establecida en cuanto al orden a seguir para el otorgamiento del ejercicio de la patria potestad respecto de los ascendientes sobre los hijos nacidos en el matrimonio carece de fundamento, debido a que este orden se da en atención al criterio antiguo de ser el varón quien ejercía la patria potestad, sin que por lo consiguiente, se considere a la mujer en un plano de igualdad.

TERCERA.- Debe modificarse el artículo 418 del Código Civil para el Distrito Federal, en el sentido de dar tratamiento por igual a los ascendientes llamados a ejercer la patria potestad, sin establecer diferencia entre hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio, siendo siempre el Juez de lo Familiar el que determine a quién corresponderá su ejercicio, según las consideraciones del caso.

CUARTA. - Debe adicionarse al artículo 418 del Código Civil para el Distrito Federal la aplicación de dos estudios, uno socioeconómico y otro psicológico, como elementos coadyuvantes a la formación del criterio del juzgador para la resolución del caso; a fin de que éstos queden contemplados por Ley y no sólo como facultad discrecional del Juez.

QUINTA. Se propone que el artículo 418 del Código Civil para el Distrito Federal quede redactado de la siguiente forma:

"Art. 418. - A falta de padres, la patria potestad sobre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, la ejercerán en forma indistinta, los abuelos paternos o maternos, siendo el Juez de lo Familiar quien determine a quiénes corresponderá su otorgamiento, tomando en cuenta para ello las consideraciones del caso.

Para tal efecto, el Juez de lo Familiar debe allegarse de los elementos necesarios, por lo que además de lo previsto en Ley, se auxiliará de un estudio socioeconómico y uno psicológico, que serán realizados por personas especializadas en cada una de las materias."

BIBLIOGRAFIA

1. **BONNECASE, Julien**
TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL
Colección Clásicos del Derecho
Editorial Harla
México, 1993

2. **CARBONNIER, Jean**
DERECHO CIVIL
Tomo II, Volumen II
Bosch Casa Editorial
Barcelona, 1960

3. **CASTAN VAZQUEZ, José Ma.**
LA PATRIA POTESTAD
Editorial Revista de Derecho Privado
Madrid, 1960

4. **CLEMENTO DE DIEGO, Dr. F.**
INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL
Tomo II
Derechos de Obligaciones, Contratos, Derecho de Familia
Artes Gráficas Julio San Martín
Madrid, 1959

5. **CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F.**
LA FAMILIA EN EL DERECHO
Relaciones Jurídicas Paterno Filiales
Editorial Porrúa
México, 1992.

6. **DE IBARROLA, Antonio**
DERECHO DE FAMILIA
Editorial Porrúa
México, 1984

7. DE PINA, Rafael
ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO
Introducción-Personas-Familia
Volumen I
Editorial Porrúa
México, 1989

8. MONTERO DUHALT, Sara
DERECHO DE FAMILIA
Editorial Porrúa
México, 1990

9. GALINDO GARFIAS, Ignacio
DERECHO CIVIL
1er. curso
Editorial Porrúa
México, 1980

10. GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán
DERECHO DE FAMILIA
Editorial Temis
Bogotá, 1992

11. GUITRON FUENTEVILLA, Julián
¿QUE ES EL DERECHO FAMILIAR?
Promociones Jurídicas y Culturales, S.C.
México, 1987

12. PENICHE LOPEZ, Edgardo
**INTRODUCCION AL DERECHO Y
LECCIONES DE DERECHO CIVIL**
Editorial Porrúa
México, 1983

13. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel
DERECHO DE FAMILIA
Universidad de Madrid, Facultad de Derecho
Madrid, 1989

14. **PETIT, Eugéne**
TRATAMIENTO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO
Editorial Porrúa
México, 1989

15. **PLANIOL, Marcel**
TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL
Editorial Cajica, S.A.
Puebla

16. **PUIG BRUTAU, José**
COMPENDIO DE DERECHO CIVIL
Volumen IV
Derecho de Familia
Derecho de Sucesiones
Bosch, Casa Editorial
Barcelona, 1991

17. **PUIG PEÑA, Federico**
TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ESPAÑOL
Tomo II, Volumen II
Editorial Revista de Derecho Privado
Madrid

18. **ZANNONI, Eduardo A.**
DERECHO DE CIVIL
Derecho de Familia
Volumen II
Astral Editorial
Buenos Aires, 1978

LEGISLACION CONSULTADA

- 1. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870.** Tipografía y Litografía La Europea, México.
- 2. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LABAJA CALIFORNIA DE 1884.** Tipografía y Litografía La Europea, México. 1906.
- 3. LEY DE RELACIONES FAMILIARES.** Editorial Porrúa. México.
- 4. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1928.** Editorial Porrúa. México. 1993.
- 5. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.** Editorial Porrúa. México. 1993.

JURISPRUDENCIA

- **Amparo Directo 5391/1972,** Carlos Miguel Rocha Escudero, julio 12 de 1973. unanimidad de votos, ponente Maestro Ernesto Solís López. 3ª Sala Séptima Epoca. Volumen 55, Cuarta Parte, pág. 47.
- **Amparo Directo 17/94,** Efraín Popócatl Popócatl. 4 de mayo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Shetino Reyna, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Epoca: 8A, Tomo XIV, Julio, pág. 693.