

321909

10

24



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

ESCUELA DE DERECHO

INCORPORADA A LA U. N. A. M.

CLAVE 3219

CONTROVERSIAS QUE SE SUSCITAN ENTRE LOS
PADRES, CUANDO AMBOS QUIEREN PARA SI LA
GUARDA Y CUSTODIA DE SUS HIJOS.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MARIA CONCEPCION MARTINEZ FLORES



MEXICO, D. F.

NOVIEMBRE DE 1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS
Por permitirme
llegar a la culminación
de lo que un día,
fue un sueño.

A quien al cerrar sus ojos
tal vez no vio los míos pero
la luz de su amor me guía
desde entonces con claridad
por mi camino; Como un
homenaje postumo y a la vez
testimonio de gratitud a
quien le debo la existencia.

Sr. JUAN MARTINEZ H.
(Q. P. D.)

Por el sufrimiento nunca escatimado
por el anhelo que ha sido en su vida
mi formación profesional y por su
singular disposición para con mígo
a quien le debo el ser y los mejores
momentos de mi vida.

Sra. ELOISA FLORES VDA. DE MARTINEZ

A mi hermano FREDY

**Agradeciendo infinitamente
su ayuda y comprension.**

AL LIC JUAN CARLOS LAVIN AIZA

**Por darme la oportunidad de crecer
juridicamente a traves de sus consejos
y por creer en mi.**

A mis compañeros de trabajo

**Sandy, July, Ato, Juan,
Miguelo, Lucy y Yola
por su gran paciencia.**

A EDUARDO RODRIGUEZ ZENDEJAS

**Por el desvelo compartido en los
momentos mas dificiles, sin el cual
esto aun no seria.**

AL LIC. JUAN GUTIERREZ GUTIERREZ

**Por la confianza inmerecida
sin la cual no hubiera sido
posible el logro de esta tesis.**

AL LIC. FRANCISCO JAVIER ROA.

**Guía indispensable en la elaboración
del presente trabajo y por su empeño
incansable.**

AL LIC. ENRIQUE SALCEDO LEZAMA

**A un hombre probo de ferreo caracter
y convicciones firmes, con admiracion
y gran respeto.**

A LA Sra. EMMA, MARLENE, PALOMA Y JAZMIN.

Por formar parte de quien mas amo

Y EN ESPECIAL A TI JAVIER.

Como testimonio de mi inmensa gratitud
a un hombre increíble el cual me ha
permitido compartir con el su vida,
demostrando ser mi compañero ideal
y coparticipe en el logro del presente
trabajo, regalandome su paciencia y amor
e impulsandome en todo momento a seguir
adelante y por ser la razón de mi vida.

Te amo bebé.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. PATRIA POTESTAD	6
2.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA	6
2.2 ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA PATRIA POTESTAD EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.	13
2.3 LOS AZTECAS	13
2.3.1 LOS MAYAS	16
2.3.2 LA COLONIA	19
2.3.3 CÓDIGO CIVIL DE 1870.	21
2.3.4 ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1884.	25
2.3.5 ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA PATRIA POTESTAD EN LA LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.	26
2.3.6 CÓDIGO CIVIL DE 1928.	30
3. LA PATRIA POTESTAD	32
3.1 CONCEPTO.	32
3.2 APLICACIONES DEL MÉTODO COMPARATIVO. DEFINICIONES DE DIVERSOS ORDENAMIENTOS LEGALES EN CÓDIGOS CIVILES DE OTRAS NACIONES.	36
3.3 CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.	38
3.4 SUJETOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD	40
3.5 DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE SE GENERAN EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD	42
3.6 FILIACIÓN DE HIJOS FUERA Y DENTRO DEL MATRIMONIO.	46
3.7 RECONOCIMIENTO O FILIACIÓN DE HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.	55
4. GUARDA Y CUSTODIA.	58
4.1 LA CUSTODIA DE LOS HIJOS COMO EFECTO DE LA PATRIA POTESTAD.	58
4.2 CARACTERÍSTICAS DE LA CUSTODIA.	60

4.3 La Educación del Menor,	61
4.4 VIGILANCIA DEL MENOR	63
4.5 REGLAS GENERALES EN NUESTRO DERECHO POSITIVO MEXICANO RELATIVAS A LA CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD.	65
4.6 SITUACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.	69
5. DETERMINACIONES DEL JUEZ DE LO FAMILIAR EN RELACIÓN AL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA.	74
5.1 SUJETOS QUE INTERVIENEN PARA DETERMINAR LA CUSTODIA DE MENORES.	79
5.2 CIRCUNSTANCIAS QUE CONSIDERA EL JUZGADOR PARA DETERMINAR LA CUSTODIA.	84
5.3 CRITERIOS GENERALES EN LA PRÁCTICA JURÍDICA, SOBRE PROBLEMAS DE CUSTODIA DE MENORES, CUANDO LOS PADRES SE HAN SEPARADO.	85
6. DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA DE PARTICULARES.	93
7. PROPUESTA	101
7.1 FUNDAMENTACIÓN.	101
7.2 JUSTIFICACIÓN	105
7.3 CONCLUSIONES.	109

1. INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo se trata de proponer una solución práctica al problema que se genera cuando se dan las controversias que señalan los Artículos 380 y 381 del Código Civil, en el caso de que el padre y la madre que no vivan juntos y convengan cuál de los dos ejercerá la custodia del hijo. Si no lo hicieren, el Juez resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor. Incluso podrá modificar el convenio si lo considerara necesario, por lo que deberá señalarse por la Ley cuál es la consecuencia de derecho, en la hipótesis de que uno de ellos viole flagrantemente la determinación del Juzgador, al retener al menor a su lado alegando el ejercicio de la Patria Potestad y no teniendo a su favor la Guarda y Custodia.

Lo anterior en virtud de que en la actualidad la consecuencia es Penal y consiste en el Delito de Desobediencia a un Mandato Judicial, el cual procede una vez que se hayan agotado los Medios de Apremio previstos en el Artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles así como los Artículos 178 y 183 del Código Sustantivo Penal, sin que exista una sanción sustantiva civil.

Por lo tanto en este trabajo de investigación se hizo un análisis de los antecedentes históricos y marco teórico de los siguientes conceptos:

- a) Patria Potestad**
- b) Guarda y Custodia**
- c) Medios de apremio**

d) Delito de Desobediencia

En relación a la Patria Potestad, la cual se analizó en el Capítulo 2, se llevó a cabo un estudio somero del fenómeno jurídico objeto del presente escrito, desde sus orígenes en los derechos romano y germánico, así como su evolución hasta llegar a nuestros días. Se abordaron sus efectos jurídicos, alcances y limitaciones; y los extremos de pérdida y extinción.

En el Capítulo 3 se estudió la Guarda y Custodia, tanto por separado cuanto en su conjunto, tomando en consideración los elementos que intervienen para su ejercicio y así determinar sus limitaciones, efectos y la forma como aquella se termina.

Al considerar que el Delito de Desobediencia se perfecciona sólo hasta que se hayan agotado los Medios de Apremio, se consideró necesario incluir en el presente trabajo un análisis teórico - jurídico de los mismos y su conceptualización teórico - práctica, por lo que se llevó a cabo un estudio dogmático, consistente en la revisión de los conceptos inmersos en el tipo penal correspondiente, para contrastarlos en referencia a la efectividad de los mismos en su función de desalentar la rebeldía de los particulares a los mandatos jurisdiccionales.

A efecto de abordar con solvencia a los dichos Medios de Apremio, en el Capítulo 4., se realizó una investigación en relación a su aplicabilidad y cuál, de entre los que enumera el Código Civil, es el de aplicación más frecuente, e intentando desentrañar si en realidad se les otorga el debido seguimiento.

Con el Capítulo 5., referido al Delito de Desobediencia, se indagó en qué consiste, cuáles son los elementos del tipo y cuál es su principal con-

secuencia jurídica, desde el punto de vista práctico con base en el referido estudio de campo, verificando en qué consiste, la sanción correspondiente y su aplicabilidad de hecho y de derecho.

Por último, en el Capítulo 6. de este trabajo, la autora de la presente tesis consideró que existe una laguna en la ley y propone finalmente, derivado del análisis del marco conceptual y práctico, algunas reformas a los Códigos sustantivo Civil y Penal; adecuando a la realidad una solución a los conflictos que surgen entre los padres, cuando sus hijos son el objeto de controversia entre ellos.

2. PATRIA POTESTAD

2.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El régimen de la Patria Potestad ha dependido del distinto significado que de la familia se ha tenido en las diversas culturas y diferentes etapas históricas, desde sus inicios en la época de los Galos, los Persas, los Hebreos y en general, en los pueblos que practicaban el sistema del Patriarcado, en donde la familia se desarrollaba exclusivamente por la vía de los varones ya que la mujer al casarse salía de su familia para pasar a formar parte de la familia del marido.

En la Antigua Roma la organización de la sociedad descansaba en la fortaleza de la unión familiar misma que se caracterizaba por el poder absoluto del padre o jefe de la familia sobre los descendientes de la "*domus*", como se le denominaba en aquellos tiempos al grupo de personas sometidas a la autoridad de un jefe único; poder casi ilimitado y disciplinario que duraba hasta la muerte del *Pater Familia* y que sólo podía ejercerse por una persona con la calidad de ciudadano. La base principal de esta autoridad era el interés del jefe de familia ya que éste se hacía dueño de todo cuanto adquiriese la familia de la cual es el representante, lo que explica la gran importancia del *Pater Familia* dentro del grupo nuclear.

Al respecto, el Maestro Eugene Petit, señala que:

"a) No se modifican a medida de este desarrollo las facultades de los que están sometidos, ni por edad ni por matrimonio se les puede liberar;

b) Sólo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre quien la ejerce, mientras el esté sometido, su autoridad se borra delante del abuelo paterno;

c) Y por último, la madre no puede tener nunca la potestad paternal¹.

Esta potestad confería al jefe de familia derechos absolutos, similares a los del amo sobre el esclavo y que se ejercía tanto sobre la persona cuanto sobre los bienes de los descendientes y estaba en la posibilidad de ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas, incluso con poder de vida y de muerte sobre de ellos (*Jus Vitae Necisque*).²

La legislación vigente en la época del Emperador Justiniano, permitía vender al hijo, pero siempre que existiera causa justificada para ello.

Por su parte y posteriormente, el Emperador Diocleciano prohibió cualquier tipo de enajenación de los hijos, venta, donación o empeño.

A su vez, Constantino, permitió la posibilidad al padre, únicamente por causa de necesidad, vender al hijo recién nacido. Esta legislación permitió el volver a tenerlo, abonándose al comprador. Con ello se evidencia, que al igual que el esclavo, el hijo se convertía en un instrumento de adquisición susceptible de recibir el tratamiento jurídico de cualquier bien material o económico.

¹ Petit, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 9ª Ed.; México: Editorial Época, 1977, p. 101.

² Floriz Margadant S., Guillermo, *El Derecho Privado Romano*, 18ª Ed.; México: Editorial Esfinge, 1992, pp 200 y 201.

El jurista Eugene Petit, al comentar al clásico *Gayo*, menciona que este jurisconsulto consideraba que si los hijos contribuían a aumentar el caudal de los bienes de padre, se les tenía como una especie de copropiedad, latente en la vida del jefe de familia pero a que la muerte de éste, se les recogía como bienes de su propiedad.

Esta autoridad dictatorial atribuida en sus orígenes al *Pater Familias* fue suavizándose hacia el fin del siglo II. Para esta época, se integran conceptos diversos de la familia que toman en cuenta las ideas del cristianismo. En razón a ello, la *Patria Potestad* se redujo paulatinamente, hasta limitarse a ser un derecho de corrección que les facultaba discrecionalmente para sancionar faltas leves y entonces apareció la interesante prohibición de imponer castigos que pudieran poner en peligro la vida de los hijos. En caso necesario, los padres debían hacer la acusación ante el magistrado, a quien le correspondía la facultad para dictar sentencia. Destaca en esta nueva estructura jurídica, la intervención del Estado en la regulación de la familia, a semejanza de la época actual.

En el Derecho Francés, la expresión "*Patria Potestad*" no ha sido exacta, toda vez que lo que le corresponde a los padres es más bien una tutela que una potestad y ésta no recaía exclusivamente en el padre, como en la *Patria Potestad* romana ya que también correspondió a la madre quien su ejercía, a falta de aquél.³

La atenuación más notable que se impuso, fue la diversidad de emancipaciones tácitas por matrimonio, que liberaban a la mayor parte de los hijos de familia del yugo paterno. A pesar de las reformas, en esencia

³ Planiol, Marcel y Ripert, Jorge, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Tomo IV, Editorial José M. Cajica Jr. p.252.

no había cambiado el espíritu de esta institución continuaba siendo una especie de poder doméstico establecido en interés del padre, todavía más que en protección a los derechos y/o intereses del hijo.

De lo antes mencionado destaca el hecho consistente en que el padre podía, en uso del llamado Derecho de Corrección, encarcelar al hijo todas las veces que creyere conveniente, abuso más que suficiente para que el Parlamento a través de los tribunales de 1804, se vieran obligados a luchar contra tal costumbre. Henri León Mazeaud y Jean Mazeaud señalan, que en la actualidad, esta no es ya una prerrogativa del padre, sino del Presidente del Tribunal de Menores.

En efecto la medida no es obligatoria ya para el Juez y, además, el encarcelamiento en una prisión fue reemplazado por una medida de colocación que tiene por finalidad la enmienda del menor.⁴

Se dice que la Patria Potestad fue abolida bajo la revolución, pero esto no es exacto ya que la asamblea legislativa por Decreto de 28 de Agosto de 1972, estableció simplemente que la potestad paterna no se extendía a los mayores y que los menores serían los únicos sometidos a ella. Al suprimir la persistencia ilimitada del derecho del padre, la Asamblea no hizo sino consagrar el resultado a que casi había llegado el Derecho con las "Emancipaciones Tácitas"

El Código de Napoleón promulgado el 3 de abril de 1803, en sus Artículos 371 al 387 consigna lo relativo a la Patria Potestad diciendo:

⁴ Mazeaud, Henri León y Mazeaud, Jean, Lecciones de Derecho Civil, Parte I, Volumen IV, Traducción Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires: Editorial Depalma; 1959, p. 84.

- a) Que el hijo cualquiera que sea su edad deberá honrar y respetar a su padre y madre;
- b) El padre conservará su autoridad hasta que el hijo llegue a la mayoría de edad o hasta su emancipación;
- c) El padre sólo ejercerá durante el matrimonio la potestad sobre el hijo;
- d) El hijo no puede abandonar la casa paterna sin el permiso del padre;
- e) El padre tiene derecho de corrección sobre sus hijos menores;
- f) El padre podría pedir a las autoridades ayuda cuando el hijo tenga mal comportamiento;
- g) La madre viuda que no haya contraído posteriormente nupcias, no podrá hacer detener a un hijo sin el concurso de dos de los más próximos parientes del padre.

En cuanto a los hijos naturales legalmente reconocidos, este Código concede a los padres los mismos derechos que sobre los hijos legítimos; les otorga los derechos y deberes de Usufructuarios en la administración de los bienes y la obligación de alimentar y educar a sus hijos de acuerdo con su fortuna.

Como históricamente se ha hecho evidente, el Derecho Francés se enriqueció con un cierto número de leyes nuevas, todas ellas impregnadas con una profunda fe en los derechos de los menores, entre las que cabe destacar:

- a) Ley de 28 de Mayo de 1854 sobre el Contrato de Aprendizaje;

- b) Ley de 19 de Mayo de 1874 sobre el Trabajo Industrial de los Menores;
- c) Ley de 7 de Diciembre de 1874 sobre la Protección de los Menores Empleados en las Profesiones Ambulantes;
- d) Ley de 23 de Diciembre de 1874 sobre la Protección de los Niños en su Primera Edad;
- e) Ley de 28 de Marzo de 1882 sobre la Instrucción Obligatoria Laica;
- f) Ley de 24 de Julio de 1889 sobre la Protección de los Menores Maltratados o Moralmente Abandonados;
- g) Ley de 2 de Noviembre de 1892, misma que sustituyó a la Ley de 1874 sobre el Trabajo de Menores;
- h) Ley de 19 y 21 de Abril de 1898 sobre la Represión de las Vías de Hecho y Atentados Cometidos Contra los Menores;
- l) Ley de 2 de Julio de 1907 sobre la Protección de los Hijos Naturales;
- j) Ley de 27 de Julio de 1917 sobre los Pupilos de la Nación; y
- k) Ley de 15 de Noviembre de 1921 sobre la Pérdida de la Patria Potestad .

La evolución de esta institución dentro del Derecho Francés se ha desenvuelto conjuntamente con el de la familia.

Los tratadistas *Henri León Mazeaud* Y *Jean Mazeaud* al respecto comentan que la Patria Potestad es un derecho relativo, razón por demás su-

ficiente para que pueda ser posible el abuso de la autoridad del padre, por lo que para evitar esto debe ser controlado por el Juez de su competencia.

En el Derecho Español, la Patria Potestad ha sido contemplada en diversos Códigos, tales como el Fuero Juzgo, los Fueros Municipales, el Fuero Real y el Fuero Viejo.

La Patria Potestad en el Derecho Foral Aragonés sólo se concebía dentro de la familia legítima, desapareciendo y rechazando el concepto romano de Patria Potestad como un derecho vitalicio y absoluto del padre sobre el hijo, transformado a través del derecho consuetudinario, en un deber de protección y cuidado hacia el hijo; por lo que se ha prescindido de denominar a la institución "*Patria Potestad*" y se habla en cambio del "*Deber de Crianza y Educación de los Hijos*" así como de la atribución de la autoridad competente y adecuada para hacerlo cumplir; como lo eran la Junta de Parientes o un Juez de la materia.

En este Derecho Foral Aragonés, la Patria Potestad se ejercía por ambos padres conjunta o separadamente, manteniendo siempre la preferencia el padre y en ausencia de ambos padres por otros miembros de la familia y con ello todos los derechos y funciones de protección al menor.⁵

La Patria Potestad tenía la Influencia del Derecho Romano. Esto se observa claramente en el Código de las Siete Partidas, en específico en la Cuarta Partida del Título XVII, en la siguiente ley:

⁵ Peña Bernaldo De Quiros Manuel, Derecho de Familia, Madrid: Editorial Universidad de Madrid; 1989. p.549.

"LEY 1.- Qué cosa es el poder que ha el padre sobre sus hijos. Patria Potestas en latín tanto quier dezir en romance, como el poder que han los padres sobre los hijos. e este poder es un derecho atal, que han señaladamente los que biven, e se judgan segund las leyes antiguas, e derechas que fizieron los Filósofos, e los sabios por mandato e con otorgamiento de los Emperadores: e han lo sobre sus hijos, e sobre sus nietos(a), e sobre todos los otros de su linaje, que descenden dellos por la liña derecha, que son nascidos del casamiento.⁶"

En nuestro Derecho Mexicano se tiene una gran influencia del Derecho Romano, en cuanto al dominio sobre la persona del menor, el cual se encuentra preferentemente a cargo del padre. Tal es el caso del *paterfamilias*, lo que hace necesario realizar un estudio específico y propio de la Patria Potestad en nuestra legislación.

2.2 ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA PATRIA POTESTAD EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

Antes de iniciar este tema se hace la referencia aclaratoria de que los aztecas no fueron influenciados por el Derecho Romano, en relación al trato entre padres e hijos ya que esta influencia llegó a México con la conquista española.

2.3 LOS AZTECAS

Mencionan los historiadores que entre los aztecas tan pronto nacía un niño, los padres le solicitaban opinión a un sacerdote el cual consultaba el *Tonalámatl* o libro del destino para saber si el día de nacimiento del menor

⁶ Código de las Siete Partidas, Tomo II, Madrid España. 1848

era *fasto* o *nefasto* ya que se tenía la creencia que los Dioses presidían el destino de los hombres en la tierra. Cuatro días después, la familia del niño hacía una gran fiesta para ponerle nombre al hijo nacido, tomando en cuenta el día de su nacimiento, toda vez que si resultaba que el día de nacimiento era nefasto, se le sancionaba a manera de que la ceremonia religiosa se pospusiera para una época más favorable, por temor a que los dioses desbordaran su ira en contra del pueblo. Si resultaba que el día de nacimiento era favorable se daba al niño un nombre o signo de identidad asignado por los sacerdotes; a los varones con frecuencia se les otorgaba el nombre de la fecha de su nacimiento: Una Caña, Dos Flor, Siete Venado o el nombre de un animal como *Netzahualcóyotl* (Coyote hambriento). También se acostumbra poner el nombre de algún antecesor importante de la familia como: *Moteczoma el joven* (*Xocoyotzin*).

La educación comenzaba al tercer año de vida del menor, con el firme propósito de iniciar al niño en las técnicas y obligaciones de la vida adulta. Se distinguía la educación del varón de la educación de la hembra. Los niños escuchaban sermones y consejos de los sacerdotes, aprendían el empleo de los utensilios y hacían tareas menores de caza, de poca importancia en donde los padres vigilaban directamente el adiestramiento, a diferencia de las niñas, las que permanecían bajo el cuidado de la madre.

El *Códice Mendocino* refleja claramente las ideas que se tenían en el pueblo azteca sobre los menores. Hasta los ocho años de edad el método de disciplina era la amonestación, mas de esa edad en adelante, el niño que con frecuencia cometía varias faltas disciplinarias, se exponía a un severo castigo corporal. Estos castigos oscilaban desde clavar espinas de

magüey en las manos, hasta dejar expuesto al niño a las heladas noches en la montaña, atado y desnudo en un charco de lodo.

Este tipo de educación obligaba al menor a contribuir directamente al bienestar de la familia. Después de los dieciséis años de edad los jóvenes pasaban por un adiestramiento especial debiendo instruirse en las artes del *Telpuchcalli*, sostenido por todo el clan para los hijos de sus miembros, donde se enseñaba civismo así como el empleo y mejor adiestramiento de las armas, las artes oficios, tradiciones y la obediencia absoluta a las normas religiosas. En el Calmecac, institución que tenía el carácter de un seminario para impartir enseñanza especial en deberes sacerdotales y de mando, ubicados los recintos cerca de los templos de los dioses más importantes.

A las mujeres en cambio sólo se les preparaba para tejer hábilmente y hacer trabajos en plumas para las vestiduras sacerdotales. En muy excepcionales ocasiones, podían llegar a ser sacerdotisas.

Otro punto importante a destacar dentro de esta cultura azteca consiste en la facultad de los padres para disponer el matrimonio de los hijos y en la que se consultaba al sacerdote para que decidiera el destino de la pareja, prohibiendo terminantemente el matrimonio entre personas del mismo clan. Prevalecía la poligamia, sin embargo, la primera mujer tenía prioridad sobre las otras y sólo sus hijos tenían derecho a heredar.

La deserción del hogar era vista con desagrado, pero el tribunal a través de sus sacerdotes podía conceder el divorcio. Una mujer divorciada podía volverse a casar con quien quisiera, pero una viuda tenía que casarse con un hermano de su marido difunto o con un hombre del clan de éste. En

cambio un hombre sólo transgredía las normas de la decencia cuando sus relaciones ilícitas eran con mujer casada y esto se consideraba una falta grave entre el clan al que pertenecía la mujer y el clan de el hombre.

Como es más que evidente, los hombres tenían mejores oportunidades, una educación y adiestramiento diferente, impartido por el hombre de más alto rango en su clan así como también por los sacerdotes. Sin embargo, no podían llegar a la posición del padre, a menos que la lograran por el encumbramiento de sus hijos quienes consecuentemente ayudaban a mejorar la condición de su clan ante los demás⁷.

2.3.1 LOS MAYAS

En esta civilización la Patria Potestad se manifestaba a través de ceremonias, las cuales daban inicio al cuarto mes de nacido un niño, (Esto, tomando en consideración que la tierra donde se siembra el maíz en el campo estaba delimitado por cuatro esquinas), llevándolo ante un sacerdote para que hiciera su horóscopo y pronosticara incluso la profesión que debía seguir cuando creciera.

Además el sacerdote daba al niño el nombre que debería llevar durante la niñez, por medio de una especie de rito bautismal, en el que el padre entregaba al niño al padrino, quien lo colocaba a horcajadas sobre su cadera izquierda y se acercaba a una mesa en la que se había dispuestos nueve objetos, los cuales se ponían en la mano del infante y caminando alrededor de la mesa, el padrino le indicaba el uso y destino de cada utensilio.

⁷ George C. Vaillant. La Civilización Azteca, Fondo de Cultura Económica, Versión española de Samuel Vasconcelos, pp 96 a 100.

Esto se hacía con los nueve objetos, para luego entregar el niño a la madrina, quien repite la operación, llevando la cuenta de sus vueltas al redor de la mesa por medio de nueve semillas de calabaza que se iba comiendo, una por cada vez que daba una vuelta. En seguida devolvía el niño al padrino quien lo restituye al padre diciendo: "Le hemos hecho el *betzme* a tu hijo." y los padres se arrodillaban ante los padrinos en señal de agradecimiento, a la vez que se repartía comida entre los concurrentes.

Las madres criaban a sus hijos hasta que tenían cuatro años de edad, momento en el que se le empezaba a atar en la coronilla una pequeña cuenta blanca y así se seguía haciendo hasta que el niño llegaba a los doce años, fecha en la que se celebraba la ceremonia de la pubertad, en que se debía escoger como padrino a un hombre importante en el pueblo, cuyo papel era ayudar en la ceremonia y dar la correspondiente fiesta. Cuatro ancianos honorables debían servir como ayudantes del padrino.

Durante tres días anteriores a la celebración, los padres del niño objeto de este rito, así como los demás participantes, ayunaban y se abstendían del contacto con sus mujeres. El día señalado se reunían todos en el patio de la casa del padrino, la cual debía ser alfombrada con hojas verdes. El sacerdote purificaba la morada expulsando el espíritu maligno; los cuatro ancianos se sentaban en las cuatro esquinas del patio sosteniendo entre ellos una cuerda y formando un cerco dentro del cual se sentaba el niño cuya pubertad se iba a solemnizar, acompañado de su padre y del sacerdote. Éste quemaba incienso, repartía maíz y vino, que no se debía beber, toda vez que éste simbolizaba la sangre de los dioses.

Al término de la ceremonia, se barría el patio y se regaban más hojas frescas, para lo que el sacerdote cambiaba de copa y en la cabeza del niño

sostenía una corona de plumas rojas y soportando en la mano una jícara con agua. El padrino ponía un pedazo de tela blanca en la cabeza del niño, en tanto que el sacerdote ordenaba a todos que se sentaran guardando absoluto silencio. Entonces derramaba agua bendecida por los dioses sobre el niño y le amarraba un hueso en la cabeza.

Luego se repartía comida entre los presentes, para dar con ello fin a la ceremonia y debiendo continuar con el ayuno los siguientes nueve días. Se debía poner rayas negras en la cara y debiendo desde entonces dedicarse al cultivo de la milpa, a la caza o al oficio que se le hubiera predestinado.

En relación a las mujeres el trato era similar, pero aún así, no debían ver a los hombres y tenían que bajar la mirada y, si se encontraban a un hombre en alguna parte, debían volverles la espalda y hacerles lugar para que pasaran. Si se les sorprendía mirando a un hombre, se les untaba chile o pimienta en los ojos como castigo. Si se descubría su falta en la observancia de la castidad, la penalidad era mucho más severa y consistía en aporrearlas y untar chile o pimienta en las partes pudendas. Sólo podían dedicarse a la fabricación de tortillas, al lavado de ropa, a la crianza de los hijos que tuviesen y, finalmente, al cuidado de su casa.

En la civilización indígena maya, no se encontraba organizada la Patria Potestad tal como la entendemos actualmente, pero aún así es claro que la familia se desarrollaba a través del patriarcado y cualquier acontecimiento importante se solemnizaba con ceremonias oficiadas por sacerdo-

tes, en las que sólo podían intervenir los hombres y la mujer no podía participar quedando relegada⁸.

2.3.2 LA COLONIA

Dentro de nuestra República Mexicana, en esos tiempos regían diversos ordenamientos, entre los que se encontraba *Las Siete Partidas* del Rey Alfonso X, llamado El Sabio, en las que se notaba muy marcada todavía la influencia del Derecho Romano, en cuanto al poder y dominio que ostentaba el padre de familia sobre sus descendientes, así como sobre los bienes de éstos. Empero, no se observa la drásticidad característica del Derecho Romano de la época de la Monarquía, lo que se aprecia al observar en la Cuarta Partida, en el Título XVII, en la que se consignaba el poder y señorío que tenían los padres sobre los hijos. "Lo uno porque nacen de ellos lo otro porque han de heredar lo suyo."⁹

Explican las Partidas el poder del padre sobre el hijo, que en aquel entonces se aplicaba de la siguiente manera: "*Patria potestad* en latín quiere decir tanto en romance: el poder que tienen los padres sobre los hijos. Este poder es un derecho que tienen los que viven y juzgan según las leyes antiguas y derechos que hicieron los filósofos y sabios por mandato y otorgamiento de los emperadores y lo tienen sobre sus hijos y sobre sus nietos y sobre todos los otros de su linaje y descendientes de ellos por la línea derecha que son nacidos de casamiento derecho."¹⁰

⁸ *Ibidem*.

⁹ Código de las Siete Partidas, Tomo II, Madrid España. 1848

¹⁰ *Ibidem*

Este poder paterno, que ya era muy distinto al derecho de vida o muerte del derecho romano, puesto que en la época de la colonia el padre ejercía sobre el hijo legítimo un dominio económico de administración y no se hacía dueño de sus bienes, teniendo como primordial obligación la de criar, alimentar y educar a los hijos que tenía en su poder y, llegado el caso, castigarlos moderadamente, aconsejarlos así como enseñarles un oficio que les fuere de provecho.

El padre debía administrar y defender tanto en juicio como fuera de él, los bienes adventicios de sus hijos, conservando el usufructo de ellos y la propiedad de los profecticios. Los bienes adquiridos en la milicia o sirviendo en la Corte del Rey eran considerados de absoluta propiedad del hijo.

El padre, cuando el hijo era vagabundo, en ejercicio de la patria potestad, podía obligarlo, por medio de la intervención de un Juez, a volver a vivir bajo su tutela.

Las Siete Partidas señalan los medios a través de los que, en esa época, se obtenía la patria potestad un tanto más acorde a como ahora la entendemos y que son:

- a) Por matrimonio legítimo;
- b) por sentencia de un Juez; y
- c) por la adopción.

La madre no tenía, bajo la legislación de las *Siete Partidas*, ningún poder reconocido sobre los hijos.

Así, tanto en las *Leyes del Toro*, publicadas el siete de Marzo de mil quinientos cinco por Doña Juana hija de los reyes católicos, cuanto en la

Novísima Recopilación se rescató, con ligeras variantes, el espíritu de las *Siete Partidas*¹¹, en lo que se refiere a la autoridad rectora y educadora de los padres, siendo considerado éste un derecho natural, especialmente del padre y de esencia familiar, de las que se plasmaron concretamente las bases, tal como ahora las concebimos, de las relaciones y obligaciones entre padres e hijos, para determinarlas con singular precisión y otorgándoles derechos tan importantes como el de autorizar el matrimonio de los hijos, el de libre testamentifacción entre ellos; y el de desheredar al que lo mereciera por su mal conducta.

2.3.3 CÓDIGO CIVIL DE 1870.

Este Código según Sara Montero Duhalt, en su obra *Derecho de Familia*¹², refiere que desde el inicio de la vida independiente, los gobernantes mexicanos atendieron a la necesidad de crear un Código Civil, por lo que en el mes de Noviembre del año de mil ochocientos veintidós, el gobierno provisional nombró una comisión encargada de redactar un proyecto de Código Civil.

Sin embargo, este proyecto no llegó a cristalizarse sino hasta mil ochocientos cincuenta y nueve, cuando el Benemérito de las Américas, Don Benito Juárez García, encomendó al abogado Justo Sierra la redacción de un proyecto de Código Civil, el cual fue terminado y modificado en mil ochocientos sesenta y dos. La intervención Francesa y el reinado de Maximiliano impidieron que pudiera finalizar su trabajo.

¹¹ Ley Quinta de Toro; p. 133 y Cuarta Título XVIII, Libro 10 de la *Novísima Recopilación*

¹² Montero Duhalt, Sara, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, 5ª Edición, México 1992, p 291

Sin embargo los dos primeros libros de ese proyecto fueron aprobados por el mismo Maximiliano y cuando el gobierno republicano se restableció, Don Benito Juárez formó una Comisión Codificadora, la cual realizó el Código Civil de mil ochocientos setenta¹³.

En el referido Código se regula a la Patria Potestad en el Segundo Libro, donde se establece que los principios de justicia son los más adecuados para conservar el bien de la sociedad y las relaciones entre padres e hijos. Como se menciona en la exposición de motivos de este Código, la Patria Potestad se ejercía únicamente por el padre y limitaba la intervención de la madre. A causa de ello, se hizo necesaria la reivindicación de la mujer y tomar en cuenta que ella tiene mucha más experiencia y eficacia en el cuidado de los menores hijos, que el hombre.

De esta forma, se extiende la Patria Potestad hasta los abuelos y abuelas paternos y maternos en ambas líneas, los que en todo caso podían renunciar al beneficio de ejercerla o no y en el caso de renunciar a ejercerla, se podía nombrar un tutor.

Otro punto importante en la Exposición de Motivos del Código Civil de mil ochocientos setenta, es aquel al que se hace alusión en el Capítulo II, donde se enfoca a la Patria Potestad, con relación a los bienes de los menores hijos y su administración, la que se otorgaba exclusivamente al padre de familia. Lo anterior, por considerarse que no era necesaria la intervención de toda la familia en la administración de estos bienes y así evitar desavenencias entre dos o más familiares.

¹³ Código Civil de 1870,p.24.

De tal forma, que la comisión encargada de la elaboración del Código Civil de mil ochocientos setenta, consideró que para la mejor administración de los bienes del menor era conveniente clasificarlos en:

- a) Bienes que el hijo obtenía por donación del padre, la madre, los abuelos;
- b) Bienes que el hijo obtenía por donación de algún pariente colateral;
- c) Bienes que el hijo obtenía por donación de, incluso, personas extrañas, caracterizados estos tres, porque el hijo podía obtener la propiedad y el dominio de éstos;
- d) Bienes que el hijo adquiere por el desempeño de un trabajo honesto cualquiera que fuere.
- e) Bienes que el hijo obtenía por el ejercicio de la milicia. De éstos dos últimos tipos de bienes, el menor tenía la propiedad y administración, así como el usufructo obtenido

Esto se encontraba regulado en el Artículo 401 del Código Civil de 1870.

Por lo tanto, existían cinco clases de bienes del hijo y en relación a las tres primeras antes mencionadas es claro que se podía obtener por donación y se transferían por un contrato, en la cuarta clase el origen de los bienes por su propia naturaleza no permite dudar de la propiedad y en los de la quinta clase no sólo tiene la propiedad sino que además la administración así como el usufructo de los mismos, dado que estos los adquiría por el desempeño de su propio trabajo y era un derecho incuestionable. Como consecuencia de ello, se le tenía como emancipado ante la sociedad.

En cambio en los bienes de la primera, segunda y tercera clase a que se hizo referencia, la propiedad pertenece al hijo, así como la mitad del usufructo, la administración y la otra mitad del usufructo le corresponde al padre.

El Artículo 403 del Código Civil de 1870, refiere que el padre pida ceder al hijo tanto la administración como el usufructo que le correspondían a él o una y otra.

El Derecho al Usufructo concedido al padre se extinguía por:

- a) Muerte del que ejerce la Patria Potestad, si no existe otra persona en quien recaiga.
- b) Emancipación
- c) Mayoría de edad del hijo, Artículo 415 del Código Civil de 1870.

Fundamentado en al Artículo 418 del ordenamiento en estudio, cabe hacer mención que la Patria Potestad se podría suspender por:

- a) Incapacidad declarada judicialmente;
- b) Por la ausencia declarada en forma; y
- c) Por sentencia condenatoria que se impusiera como pena.

Se pierde esta facultad cuando el que la ejerce era condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho o cuando causare ejecutoria el divorcio y se pusieran bajo la potestad del cónyuge no culpable.

Por otra parte el cónyuge que diere causa al divorcio perdería tanto su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viviere el cónyuge inocente y lo recobraría muerto este.

Otra forma de perderse la Patria Potestad ocurría cuando la madre o la abuela pasaban a segundas nupcias. En caso de que no hubiere en quien recaiga, se proveería de un tutor.

2.3.4 ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1884.

El día 31 de Marzo de 1884 se ordenó la publicación de un nuevo Código Civil que derogaba al de 1870, el cual, empezó a regir el 1 de Junio de 1884, aunque este Código fue característicamente semejante al de 1870, al grado que el Maestro Julián Güitrón Fuentesvilla indica que incluso se cayó en los mismos errores de redacción¹⁴. Su comisión redactora estuvo formada por los señores Licenciados Pedro Collantes Buenrostro, D. Eduardo Ruiz y D. Miguel S. Macedo. Aunque es de aclarar que sólo tuvo una modificación de trascendencia: el establecimiento de la libre testamentación y pueden observarse cambios de origen gramatical. Con ello, se confirmó el poder que tenía el padre al ejercer la Patria Potestad y se dividió en Honesta y Útil. Así se menciona por el maestro José María Magallón Ibarra¹⁵.

En relación a lo antes mencionado, quedó establecido en el Código Civil de 1884, de manera que la Patria Potestad Onerosa consistía en el conjunto de obligaciones que la naturaleza y la Ley imponían a los padres para con sus hijos; y la Útil era la reunión de derechos que la Ley concedía a los padres, respecto de algunos bienes de sus hijos menores no emancipados.

¹⁴ Güitrón Fuentesvilla, Julián, Derecho Familiar, Edición Universidad Autónoma de Chiapas, 2ª. Edición, México 1988, p. 99

¹⁵ Magallón Ibarra, José Ma., Instituciones de Derecho Civil, Editorial Porrúa, 1ª Edición, México 1988, p. 528.

En lo anterior se establece que los menores debían estar siempre bajo la influencia de una autoridad protectora dentro de la familia y que debían honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. Se destaca la obligación de educar al menor convenientemente, por lo que el que ejerce la Patria Potestad tenía la facultad de corregirlos mesuradamente y el hijo no podía abandonar el domicilio sin la autorización de quien ejercía tal derecho.

Los bienes de los hijos se dividieron en varias clases, como ya se dijo, de manera casi igual a la concebida por el Código Civil de 1870, sólo que se hizo una subclasificación encuadrándolos en seis tipos de bienes, a los que se agregan los que procedían por herencia o legado del padre, para ser regulados en cuanto a su usufructo, administración y propiedad. La propiedad de los bienes y la mitad del usufructo son siempre del hijo y la otra mitad del usufructo así como la administración, del que ejerce la Patria Potestad.

2.3.5 ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA PATRIA POTESTAD EN LA LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

México sufrió un cambio completo en su evolución económica y social después de la Revolución de 1910, que acabó con los sistemas injustos y anticuados de gobierno.

El 5 de Febrero de 1917, se promulgó una nueva Constitución que derogó la de 1857 y con fecha 12 de Abril de 1917, se proclamó la *Ley Sobre Relaciones Familiares*, por Decreto del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, misma que empezó a regir el día 14 de Abril de ese mismo año

y derogó, entre otros, el Título Octavo y sus Capítulos I, II, III, del Código Civil del Distrito y territorios Federales de 1884.

La idea que se tuvo para la elaboración de este cuerpo normativo, fue la de organizar la familia sobre bases más racionales y justas, que elevaran a los consortes a la alta misión que la nación y la naturaleza ponen a su cargo; la de propagar la especie y fundar la familia.

Así que el Derecho de Familia se encontraba regulado en esta Ley, la cual tenía las Instituciones que regulaba el Código Civil de 1884 e incluía, además, el Divorcio Vincular y la Adopción orientada hacia el individualismo femenino, por la vía de la emancipación económica, social y jurídica de la mujer. En mérito a ello, se despojó al marido de la autoridad secular de la que gozaba y, por tanto, existían ya dos autoridades en la familia.

Ya en esta Ley se autorizaba a la mujer para contratar libremente, comparecer a juicio y ejercer sobre los hijos la misma facultad que la del padre. Lo anterior quedó establecido en el Artículo 24 de la Ley Sobre Relaciones Familiares al señalar que la Patria Potestad la ejercían el padre y la madre, así como, en su caso, por los abuelos paternos y maternos, de manera que, cuando no existía o estaba impedido alguno de los llamados preferentemente, la ejercían aquellos que seguían en el orden establecido.

Los abuelos y abuelas podían renunciar a su derecho de ejercer la Patria Potestad, la cual, recaería en ese caso, en el o los ascendientes que correspondiera según la Ley, al igual que en los Códigos Civiles de 1870 y 1884. Uno de los avances de la Ley en comento, era que la madre ya no podía renunciar a ese derecho, tal como se estableció en el Artículo 264.

En el Artículo 140 de la Ley antes mencionada se establece que la Patria Potestad se ejerce también sobre los bienes de los hijos legitimados, de los naturales y de los adoptivos. Debe hacerse notar que aquí ya se menciona a los hijos naturales y a los hijos adoptivos, así como también, que los hijos, cualquiera que sea su edad, estado o condición, deben respetar y honrar a sus padres y demás ascendientes.

El Artículo 247 establecía que los que ejercen la Patria Potestad son los legítimos representantes de los que se encuentran bajo ella y tienen la administración legal de sus bienes, suprimiendo con esto la clasificación de los bienes a que se referían los Códigos de 1870 y 1884 . En relación a lo antes mencionado se señaló en la exposición de motivos de esta Ley lo siguiente:

"Asimismo por lo que respecta a los bienes del hijo, sea 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 lo cual se ha creído conveniente establecer que los bienes del hijo sean administrados de acuerdo por los ascendientes que ejercen la patria potestad, quienes en cualquier caso disfrutarán, como remuneración por su trabajo la mitad del usufructo de dichos bienes, mitad que será divisible entre ambos ascendientes.¹⁶"

En la referida administración de bienes se estableció que, cuando la Patria Potestad se ejerza a la vez por el padre y la madre o por el abuelo y

¹⁶ Pallares Eduardo, *Ley Sobre Relaciones Familiares, comentada y concordada con el Código Civil Vigente y Leyes Extranjeras*, Editorial Porrúa, México 1917, p. 32.

la abuela, el administrador de los bienes será el padre o el abuelo, pero le obligaba a consultar a su consorte para todos los negocios y requeriría su consentimiento expreso para los más importantes actos de administración. El padre y el abuelo en su caso, representarán a los hijos y no podrán celebrar ningún arreglo.

En la Ley Sobre Relaciones Familiares, los legisladores establecieron que el Juez podía conceder la licencia correspondiente a los que ejercen la Patria Potestad, para enajenar un bien mueble o inmueble perteneciente al menor, tomando las medidas necesarias para asegurar que el producto de la venta se destine a un objeto determinado con anterioridad. Asimismo los Jueces tienen la facultad de prever lo necesario para asegurar los bienes de los hijos.

El Capítulo XVII de la Ley Sobre Relaciones Familiares establece los modos de acabarse y suspenderse la Patria Potestad, en la misma forma que establecieron los Códigos Civil de 1870 y 1884 en los Artículos 259 y 262 respectivamente. Se menciona que la Patria Potestad se acaba con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga, con la emancipación, por la mayoría de edad del hijo y se suspende por Incapacidad declarada judicialmente en los casos mencionados por las fracciones I, II, III y IV del Artículo 299, por Ausencia declarada en forma y por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

La Patria Potestad se pierde en términos del Artículo 260, cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho y en los casos de los Artículos 94 y 99 de la Ley Sobre Relaciones Familiares.

En relación a la forma en cómo se pierde la Patria Potestad, en los Artículos 94 y 99 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, se establece que una vez que cause ejecutoria la Sentencia de Divorcio, los hijos se pondrán bajo la potestad del Cónyuge No Culpable, pero si ambos lo fueren ya no hubiera ascendientes en quienes recaiga la Patria Potestad, se proveerá a los hijos de un tutor conforme a la Ley. Por otra parte los Tribunales pueden privar de la Patria Potestad al que la ejerce o modificar su ejercicio, si trata con excesiva severidad, a los que están en ella, no los educa, les impone preceptos inmorales o les da ejemplos o consejos corruptos.

También se establecía en este cuerpo normativo, que la madre o la abuela viuda que ejerza la Patria Potestad, perdería el derecho a ella, si vive amancebada o da a luz a un hijo ilegítimo. (Artículo 266 de la Ley Sobre Relaciones Familiares.)

Asimismo, menciona que perderán la Patria Potestad la madre o la abuela que contraiga segundas nupcias y si no existiese persona en quien recaiga aquélla, se proveerá la tutela conforme a la Ley. Se hace la aclaración de que la tutela no recaerá en el segundo marido y una vez que la madre o abuela volvieran a enviudar, por ese sólo hecho recobrarán los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias. (Artículos 267, 268 y 269 de la L.R.F.)

2.3.6 CÓDIGO CIVIL DE 1928.

Después de haber sido objeto de una serie de considerables modificaciones, correcciones y observaciones, fue publicado este Código el 26 de Mayo del mismo año. Uno de los puntos más importantes en la exposición de motivos, es el relacionado a la mujer, al equiparar su capacidad jurídica

con la del hombre, para establecer que ésta no quedaba sometida, por razón de su sexo, a restricción legal alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos¹⁷.

Se respetó el derecho de la mujer a conservar el ejercicio de la Patria Potestad, aun cuando contrajera segundas nupcias o ulteriores matrimonios, a diferencia de los Códigos Civiles de 1870, 1884 y la Ley Sobre Relaciones Familiares, en los que la mujer perdía el derecho a ejercerla.

En el Libro Primero, Título Octavo del Código Civil de 1928, se incluyeron tres capítulos similares a los que contenía la Ley Sobre Relaciones Familiares, incluidos los Artículos en donde se hace mención al principio moral de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes. En esta misma Ley se estableció que los hijos menores de edad no emancipados están sujetos a la Patria Potestad, sobre la persona y los bienes del hijo, mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la Ley.

Es importante destacar que, a diferencia de los Códigos Civiles de 1870, 1884 y la Ley Sobre Relaciones Familiares, en este Código Civil de 1928 se suprimió la clasificación de los hijos y se estableció en su caso, que las personas que están en ejercicio de la Patria Potestad podrán recurrir a las autoridades correspondientes, a fin de que les presten el auxilio necesario cuando no puedan controlar a los menores o éstos se nieguen a obedecerlos.

¹⁷ Código Civil para el Distrito Federal, Edición Original, Editorial Porrúa S.A., México 1928.

3. LA PATRIA POTESTAD

3.1 CONCEPTO.

Como se mencionó en el capítulo anterior, al hacer un análisis de lo que regía en aquellos tiempos antiguos en relación a los padres o paterfamilias, este era el poder absoluto que ejercía el padre sobre sus descendientes y se conocía como "*Manus*", poder éste que a través del tiempo se fue transformando y sufriendo cambios realmente notorios; el término "padres" ahora comprende también a la madre y el término "potestad" importa por sí un poder con especiales limitaciones funcionales; consideraciones suficientes, para hacer necesario entrar al estudio del concepto de Patria Potestad.

La expresión "Patria Potestad", proviene del latín *Patrus*, a, un, lo relativo al padre y *Potestas*, se refiere a la potestad.

Al respecto encontramos que los juristas Marcel Planiol y Jorge Ripert, al definir esta señalan que :

*"Es el conjunto de derechos y facultades que la Ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales"*¹⁸.

En esta definición se observa que recae el ejercicio de la Patria Potestad en los padres del menor, es decir, tienen la obligación de asistir, proteger y administrar los bienes del hijo, debido a que éste no tiene la ca-

¹⁸ Op. Cit. p. 63

pacidad física y mental suficiente para valerse por sí mismo y sobre todo, velar por sus propios intereses patrimoniales.

Deducimos que esta definición es incompleta, pues se menciona en forma poco genérica al padre y a la madre, excluyendo con ello el derecho y obligación que, en su caso, tienen los ascendientes inmediatos o abuelos en ambas líneas. Amén de lo antes mencionado, es de resaltar que no señala las formas más trascendentales de la cesación de la Patria Potestad.

Por otra parte el jurista mexicano Ignacio Galindo Garfias, también nos da una definición de esta institución en los siguientes términos:

“La Patria Potestad comprende un conjunto de poderes - deberes impuestos a los ascendientes, que estos 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.”¹⁹

En el concepto anterior se observa claramente que en quienes recae el desempeño de la Patria Potestad es en los ascendientes, siendo éste un término más amplio, que comprende tanto a los padres cuanto a los abuelos en ambas líneas, constituyéndose una protección más amplia del menor

Cabe resaltar, que en la definición en comento no se mencionan tampoco las maneras de cesación de la Patria Potestad ya que únicamente refiere a la minoría de edad .

De Diego, conceptúa a la Patria Potestad como:

¹⁹ Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Editorial Porrúa, 10ª Edición, México 1990, p. 659.

"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."²⁰

De lo mencionado por el autor antes citado, debe observarse que sólo constriñe el ejercicio de la Patria Potestad a los padres del menor y, faltando éstos, no refiere en quiénes recaerá el ejercicio de la misma, ni quién o quiénes ejercerán el derecho y deber de protección y asistencia de los bienes y de la persona del menor .

Por ello, es claro que no se establece el Estado de Minoría de Edad del Hijo, ni hace alusión a las formas de cesación de la Patria Potestad, que son características suficientes para considerar incompleto el concepto de referencia.

José María Castán Vázquez menciona que el ejercicio de la Patria Potestad es:

"El conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger, educar a la prole."²¹

En el concepto anterior se precisa que el ejercicio de la Patria Potestad se asigna a los descendientes directos y en Primer Grado no emancipados, es decir, que los padres tienen la obligación de asistir, proteger y representar al hijo menor, en relación a su incapacidad, derivada ésta de su minoría de edad.

²⁰ De Diego, citado por Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. p. 669

²¹ Castán Vázquez, José Ma., La Patria Potestad, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1960, pp. 9 y 10.

Se puede observar que esta definición está incompleta, pues no señala las formas de cesación de la Patria Potestad, aludiendo sólo a la emancipación, aparte de que tampoco menciona a los abuelos en ambas líneas que también ejercen la Patria Potestad en caso de ausencia de los padres.

Sin embargo, encontramos que el Código Civil Español contempla esta figura en su Artículo 314 el cual narra que: "*La emancipación da lugar: ... 2 por el matrimonio del menor ...*". Al igual que nuestro Código Civil determina que el menor sujeto a Patria Potestad, deja de estar sometido a ella cuando contrae matrimonio, toda vez que obtiene la emancipación y en caso de la disolución del vínculo matrimonial, el menor de dieciocho años no volverá a recaer a la Patria Potestad.

Julián Bonnecasse, considera que:

"La Patria Potestad es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legales 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."²²

Esta última definición tiene el mérito de referirse a la Patria Potestad como un conjunto de prerrogativas y obligaciones, destacando que la misma se reconoce en principio al padre y a la madre de manera conjunta, en forma parcial a los abuelos y subsidiariamente a terceros, sobre los hijos menores; circunstancia que habían omitido otros tratadistas. Y se destaca que con este concepto se quiere abarcar a los tutores, al mencionar que pueden intervenir en el ejercicio de la Patria Potestad como terceros.

²² Planiol, Marcel y Ripert, Jorge, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Tomo IV, Editorial José M. Cajica. México, p.251.

Del análisis y estudio de los conceptos proporcionados por los tratadistas antes mencionados, resalta la importancia que tiene la Patria Potestad ya que la principal finalidad de esta institución es proporcionar la debida asistencia, protección y representación del hijo, tomando en cuenta la incapacidad física y mental del menor, así como la adecuada administración de sus bienes y, por otra parte, determinar quién o quiénes deben ejercer la Patria Potestad.

3.2 APLICACIONES DEL MÉTODO COMPARATIVO. DEFINICIONES DE DIVERSOS ORDENAMIENTOS LEGALES EN CÓDIGOS CIVILES DE OTRAS NACIONES.

El Código Civil Alemán, en su Artículo 1626 preceptúa: "Los hijos de matrimonio están sujetos, mientras sean menores de edad, a la Patria Potestad". Ésta reside en el padre, según el Artículo 1627 del mismo ordenamiento, pero cuando él hubiere muerto o fuese declarado muerto, se hubiese disuelto el matrimonio o sido privado de la Patria Potestad, corresponde a la madre el derecho de ejercerla²³.

En el Código Civil Suizo se asigna la Patria Potestad por la generación o por la Ley. Por la Ley se ejerce en los casos de adopción. El padre y la madre tienen iguales derechos. La Patria Potestad se ejerce sujeta a la vigilancia de la autoridad, la cual puede tomar medidas de protección y privar de ella al padre que la ejerza con abuso o con violación de sus fines. La persona que ejerce la Patria Potestad tiene la administración y el usufructo

²³ Código Civil Alemán, Edición Oficial, Alemania 1990.

de los bienes de los menores, con la obligación de proveer a su educación y matrimonio²⁴.

El Código Civil Español, por su parte, en su Artículo 154 consigna: "El padre y en defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad y de tributarles respeto y reverencia siempre."

Los hijos naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad están bajo la potestad del padre o de la madre que los adopta y tienen la misma obligación de que habla el párrafo anterior²⁵.

El Código Portugués ordena: "Que las madres participan del poder paterno y deben ser oídas en todo lo que se refiere a los intereses de los hijos; pero es el padre a quien especialmente corresponde durante el matrimonio, como jefe de la familia, dirigir, representar y defender a sus hijos menores, tanto en juicio como fuera de él."²⁶

El Código Civil de la República Oriental del Uruguay, previene en su Artículo 252: "La Patria Potestad es el conjunto de derechos que la Ley concede a los padres en las personas y bienes de sus hijos menores de edad. La madre sucede al padre en la Patria Potestad con todos sus derechos y obligaciones, sin perjuicio de lo que disponen los Artículos contenidos en esta Ley"²⁷.

²⁴ Código Civil Suizo, Edición Oficial, Suiza 1990.

²⁵ Código Civil Español, Edición Oficial, Madrid, España. 1990

²⁶ Código Civil Portugués, Edición Oficial, Portugal 1990.

²⁷ Código Civil de la República Oriental de Uruguay, Edición Oficial, Portugal 1990.

Referente a las legislaciones de otras entidades federativas de la República Mexicana, se considera que el tratamiento que le dan al concepto jurídico de la Patria Potestad se asemeja al tratamiento que le da nuestro Derecho Positivo, sólo que con algunas ligeras variantes en relación a la madre. Cabe destacar que el Código Civil para el Distrito Federal otorga a ambos padres la misma jerarquía en este rubro.

Por todo lo anterior se consideró necesario proporcionar una definición de lo que es la Patria Potestad, conceptuándola como:

Una institución que tiene por objeto proporcionar asistencia protección y representación jurídica del menor no emancipado, así como la debida administración de sus bienes, función que se confiere a los padres o a los abuelos en ambas líneas cuya filiación consanguínea o civil a quedado acreditada.

3.3 CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.

Para puntualizar los fines que persigue la Patria Potestad, se resaltan las principales características de esta institución.

- A. Conlleva un poder de representación, complementado por la obligación de administrar y proteger los bienes de los menores.
- B. Constituye una autoridad para quien la ejerce y ésta se enfoca exclusivamente a los actos disciplinarios y educativos.
- C. Se considera de interés público, en virtud de que lo organiza el Derecho Objetivo de la Familia, es decir, regula las relaciones entre los padres, abuelos paternos y maternos y el menor, una vez que ha quedado acreditada la filiación consanguínea o civil.

- D. Es un derecho irrenunciable, dado que se considera de interés público.
- E. Contiene un Derecho de Goce de los bienes del hijo, con la obligación de proveer de amplio modo las necesidades de éste (usufructo legal), así como de los bienes que adquiere el menor por medio de su trabajo.
- F. Es de carácter temporal ya que esta facultad se ejerce hasta que el menor haya contraído matrimonio, adquiriendo por ese sólo hecho su emancipación y conjuntamente con ella, la libre administración de sus bienes. Cabe agregar que su Capacidad queda restringida para los casos de enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces, y se dice también que concluye cuando el menor cumple 18 años de edad, momento en el que puede disponer libremente de sus bienes así como de su persona.
- G. No se adquiere ni se extingue por prescripción. Quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su obligación, ni su derecho para entrar a su ejercicio. Asimismo, cuando alguien sin que se trate de los padres o ascendientes en ambas líneas, proteja y represente al menor, no adquiere este cargo por ese hecho.
- H. Tiene como excepción que los ascendientes de ulterior grado en ambas líneas a falta de los padres, pueden excusarse de desempeñar el cargo, para lo cual la Ley señala dos circunstancias:

1. Que hayan cumplido sesenta años,
 2. Que, por el mal estado habitual de su salud, no puedan atender debidamente su desempeño. Esto se debe a que pueden o no encontrarse en óptimas facultades físicas y mentales, para cumplir adecuadamente con el desempeño de esta institución, pero esto no quiere decir que si tiene la edad antes mencionada no puedan ejercerla.
- I. El ejercicio de la Patria Potestad sólo puede ser transmitido por la figura de la Adopción.

3.4 SUJETOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD

Durante el estudio que realizamos del concepto de la Patria Potestad observamos que este poder era solamente concedido al *Paterfamilias*, el cual tenía una autoridad absoluta sobre los hijos y todos los miembros de su familia, mismos que, en la antigüedad, eran equiparados como objetos.

De la relación jurídica que nace de la paternidad y de la relación de padres a hijos surgen deberes obligaciones y derechos familiares, referidos a personas determinadas que son principalmente los padres y los hijos y en algunas ocasiones los abuelos y algún tercero.

Nuestra legislación civil, a diferencia del Derecho Romano, concede al padre y a la madre la facultad de tener en el hogar la autoridad y el manejo de éste, a la formación y educación de los hijos y a la administración de sus bienes de estos. Esta igualdad fue otorgada por el Artículo 4 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos de Mexicanos.

El Artículo 414 de nuestro Código Civil vigente, establece que los padres ejercerán la Patria Potestad sobre sus menores hijos y en ausencia de

estos lo realizarán los abuelos paternos o los abuelos maternos, pero en relación a aquellos, el Juez de los Familiar del lugar determinará quién de ellos podrá ejercer esta potestad, dado que siempre debe de tomarse en cuenta el beneficio del menor.

Esta decisión por el Juez Familiar está apoyada en el Artículo 418 del Código Civil, mismo que establece que no necesariamente son los abuelos paternos los que deban seguir en línea. sino que pueden llegar a ser los abuelos maternos, si demuestran al juzgador que son más idóneos que los otros, acreditando ante la presencia judicial tal idoneidad por lo que consideramos que es adecuada la prerrogativa que tiene el Juez Familiar para elegir entre los abuelos paternos o maternos y que no se haga indiscriminadamente siguiendo sólo la línea Paterna. No se debe olvidar que para la Ley, el hombre y la mujer son iguales.

Asimismo encontramos que sólo por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán en ejercicio de la Patria Potestad los que sigan en el orden antes señalado, pero si sólo faltare algunas de las personas a quienes corresponde ejercer la Patria Potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

Puede concluirse, que la Patria Potestad a que está necesariamente sujeto el menor de edad, tiene las siguientes características:

- A. Deberán ejercerla Indistintamente el padre y la madre, en primera instancia.
- B. En caso de ausencia de ellos, corresponderá a los abuelos, sin que importe si son los paternos o maternos, pues el criterio para

su otorgamiento se sustenta sobre la idoneidad de los tutores, no sobre su filiación.

- C. A falta de los anteriores, se respetará el orden que la Ley señale, reiterándose el criterio de asignación que se soporta sobre la idoneidad del tutor, en caso de igualdad de filiación o entroncamiento.

3.5 DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE SE GENERAN EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Como hemos visto la Patria Potestad tiene como finalidad beneficiar a los menores y para que se realice ésta, se necesita una sumisión y dependencia de los hijos hacia los padres o demás ascendientes. Se comprende la obediencia de los menores, como un deber de carácter natural, cumplimiento exigido por la moral y el derecho.

Los hijos están obligados a respetar a sus padres, así como a sus demás ascendientes, cuya obligación no se extingue con la emancipación derivada del matrimonio o la mayoría de edad, en virtud de que se trata de un deber ético. Pero ello no tiene por qué considerarse como una consecuencia directa de la Patria Potestad, sino de la relación paterno filial.

A este respecto, el Artículo 411 del Código Civil establece que los hijos, cualquiera que sea su estado y condición, están obligados a honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes y que dicha obligación subsistirá incluso después de que se extinga la Patria Potestad.

En términos del Artículo 304 de nuestro Código Civil, encontramos que los hijos están obligados a dar alimentos a sus padres y este deber es

obligatorio e irrenunciable, mismo que al igual que el de los padres, proviene del derecho natural.

El primer efecto que origina la Patria Potestad en las personas que la ejercen, lo tenemos reglamentado en nuestra Carta Magna, la que prevé en su Artículo 4 último párrafo:

"Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los meros a cargo de las instituciones públicas"

Esta institución concede autoridad a los ascendientes para el buen desempeño de la misión que les encomienda, para lo cual es conveniente mencionar que el Maestro Ignacio Galindo Garfias señala que la Patria Potestad es una función protectora y formativa que produce los efectos siguientes:

- "a.- Impone a los ascendientes que la ejercen el deber de suministrar alimentos a los descendientes que se encuentran sometidos a la autoridad paterna. (art. 303 C. C.)*
- b.- Educarlos convenientemente. (art. 422 C. C.)*
- c.- Otorgar a quienes ejercen la Patria Potestad, la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente. (art. 423 C. C.)*
- d.- Quienes ejercen la autoridad paterna, son los legítimos representantes de los menores que están bajo ella. (art. 425 C. C.)*

e.- *El domicilio de los menores no emancipados sujetos a la Patria Potestad es el de la personas que la ejercen . (Art. 32 fracción 1 C.C.)²⁸ ”.*

Uno de los efectos más trascendentales en el ejercicio de la Patria Potestad, es sin duda alguna la Guarda y Custodia del menor, que independientemente de los deberes que impone a quien la ejerce, conlleva a la vigilancia constante del menor y el derecho de ejercer el dominio directo sobre él .

Durante el estudio que se ha realizado respecto a los efectos que origina el ejercicio de la Patria Potestad sobre la persona del menor y los efectos sobre los bienes de éste, podemos señalar que los primeros corresponden a la obligación de los ascendientes a la guarda, manutención y educación del menor, con la posibilidad de corregirlos y castigarlos, lo que siempre deberá de hacerse mesuradamente y no con el afán de ocasionarles lesiones.

La Ley determinará en qué casos se puede proporcionar asistencia a los padres para que sus hijos cumplan con sus deberes, sin necesidad de llegar a causarles perjuicios graves en un exceso del ejercicio del derecho de corrección.

Ella misma señala en qué forma deberá el padre conducirse para el buen desempeño del ejercicio de la Patria Potestad, pero encontramos que si el padre no la desempeña en concordia con sus fines, si abusa de sus prerrogativas legales, si maltrata al hijo, podrá ser privado del ejercicio de tal institución.

²⁸ Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. p. 320.

Señala al respecto el Maestro Castán Vázquez que:

"La Patria Potestad, como otros derechos subjetivos, puede ser limitada o suprimida por los tribunales cuando el padre titular la ejerce mal; pero cuando hace un ejercicio normal de ella, el Estado respeta y deberá respetar, el poder del padre."²⁹

En relación a lo citado por este autor podemos mencionar que las relaciones paterno-filiales son sometidas a la intervención del Estado ya que como se indicó, se preocupa por proteger al menor. Si los ascendientes cumplen con sus deberes de protección no intervendrá, pero si no lo hicieran adecuadamente, el Estado tendrá que suplir la omisión y defender al menor atacado. Su intervención consistirá en limitar o suprimir las facultades de las personas que se encuentran en el ejercicio de esta Institución.

Nuestro Derecho reconoce el deber y el derecho de los padres de guardar, alimentar y educar a sus hijos. El Estado respetará el ejercicio de la Patria Potestad, siempre y cuando los padres cumplan adecuadamente con el desempeño de ella. La intervención del Estado se hará en beneficio de los menores y está previsto que, en los casos en que falten los padres o por el mal desempeño que éstos hagan en dicho ejercicio y como consecuencia de ello, se transferirá la guarda y educación de los menores a quienes por Ley corresponda.

3.6 FILIACIÓN DE HIJOS FUERA Y DENTRO DEL MATRIMONIO.

Se debe distinguir entre la filiación en sentido amplio y la filiación en sentido estricto. La filiación en sentido amplio, es el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, en tanto

²⁹ Castán Vázquez, Op. Cit. p. 427

que la filiación en sentido estricto es la relación que existe entre el progenitor y el hijo

Al respecto el autor Rafael Rojina Villegas, señala que la filiación es el estado jurídico y que la procreación, concepción, el embarazo y el nacimiento son los hechos jurídicos, lo que expresa del siguiente modo:

"Debemos diferenciar entre el hecho jurídico de la procreación del estado jurídico que constituye la filiación. En el hecho jurídico de la procreación, simplemente el derecho toma en cuenta la paternidad y la maternidad, es decir el vínculo consanguíneo que une al hijo con el padre y madre. En cambio, en el estado jurídico de la filiación, se puede partir de ese hecho biológico, que crea el vínculo de consanguinidad, pero además interviene una situación reconocida por el derecho, que no necesariamente corresponde a la procreación, como ocurre en el reconocimiento del hijo, aún cuando no hay vínculo consanguíneo o en la filiación adoptiva, en donde expresamente la Ley da al hijo adoptado el estado jurídico de hijo, partiendo de que no existe el hecho biológico de la procreación y, por consiguiente, el vínculo de consanguinidad³⁰."

Además, el autor antes citado asevera que la filiación se inicia a partir del nacimiento, aun cuando desde la concepción ese ser es protegido por la Ley, concediéndole una paternidad y no necesita haber nacido.

La relación de filiación también puede ser llamada *paternidad* o *maternidad* ya sea que se trate del padre o de la madre respectivamente.

³⁰ Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil, Tomo I*. Octava Edición. Ed. Porrúa. México, 1973. p. 433

Antonio De Ibarrola define a la filiación de la siguiente manera:

"La relación que existe entre dos personas, de las cuales una de ellas es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea un parentesco de primer grado."³¹

Existen diversos tipos de filiación según la doctrina:

- a) Filiación Legítima
- b) Filiación Natural
- c) Filiación Legitimada
- d) Filiación Legitimada por Ministerio de Ley
- e) Filiación Adoptiva

La filiación legítima es, el vínculo jurídico que existe entre el hijo concebido en el matrimonio y sus padres, aún cuando el menor nazca cuando ya ha sido disuelto el matrimonio.

Por lo que se refiere a la filiación natural, es aquella que corresponde al hijo concebido cuando su madre no estaba casada. Hay tres clases de filiación natural que son:

1. Filiación Natural Simple
2. Filiación Natural Adulterina
3. Filiación Natural Incestuosa

La Filiación Natural Simple es la que corresponde al hijo concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio, pero que con posterioridad pudo celebrarlo con el padre y no hubo impedimento alguno.

³¹ Ibarrola, Antonio de, Derecho de Familia, 2ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1981, p.357

La Filiación Natural Adulterina es aquella en donde el hijo es concebido por su madre estando unida en matrimonio y el padre es distinto del esposo; o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa, por lo que existe impedimento para casarse, al existir adulterio.

Filiación Natural Incestuosa es la que se da cuando el hijo es procreado por parientes en el grado en que la Ley lo impide, es decir parientes en línea colateral de segundo grado y entre parientes en línea colateral en tercer grado, (este último tiene dispensas). En todos los casos, incluyendo el último, si no hay dispensa, existe impedimento legal para celebrar matrimonio.

Filiación Legitimada, es la que corresponde al hijo que habiendo sido concebido antes del matrimonio de sus padres, nace durante él o es reconocido antes de celebrarlo, durante el matrimonio o después del mismo.

Filiación Legitimada por Ministerio de Ley es aquella que contempla el caso especial en que el hijo nace dentro de los ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio y que no fue reconocido, pero tampoco fue impugnada. En este concepto, se dice que el marido no ejerció la acción contradictoria de paternidad, es decir que al no negar su paternidad, impugnándola, la acepta.

Filiación Adoptiva, es aquella en que sin haber lazos de consanguinidad entre los padres y los incapaces, los primeros aceptan como hijos a los segundos, reconociéndolos y la Ley da expresamente al adoptado el estado jurídico de hijo, dando lugar a una familia ficticia.

Sin embargo, cabe afirmar que en nuestra legislación no existe distinción alguna entre los hijos legítimos y los hijos naturales.

Como ya se dijo, la filiación comprende tanto a la paternidad cuanto a la maternidad. Ésta tiene una forma más directa de prueba, en tanto que la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sino que sólo se presume. Si la maternidad es desconocida, es imposible la investigación de la paternidad.

En otro orden de ideas, diremos que existen tres especies de hijos, que son, a saber:

1. Los hijos nacidos de matrimonio
2. Los hijos nacidos fuera de matrimonio
3. Los hijos adoptivos.

Según el Código Civil, se presumen hijos de matrimonio:

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

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio ya provenga éste de nulidad de contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial." (art. 324 C. C.)

El esposo no podrá desconocer a su hijo si alega adulterio de la madre, aun cuando ella misma declare que no son hijos de su esposo, a menos que el nacimiento de ese niño se haya ocultado o que demuestre que durante los diez meses anteriores al nacimiento, no tuvo acceso carnal con su esposa.

En cambio, podrá desconocerlo cuando el hijo nazca después de trescientos días contados desde la separación judicial, aún cuando se establezca la posibilidad de sostener que sí es el padre, por parte de la esposa, el tutor y el propio hijo.

Por lo que respecta a los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, sí pueden ser desconocidos por el padre, a menos que:

1. Que se pruebe que el marido sabía del embarazo antes de casarse
2. Que haya acudido a registrar al menor, se haya levantado el acta de nacimiento y la hubiere firmado o contenga su declaración de no saber firmar.
3. Si ha reconocido como suyo al hijo de su esposa y si el hijo no nació con la capacidad de vivir.

La paternidad del hijo nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio, podrá promoverse por cualquier persona a quien le afecte la filiación en cualquier tiempo.

Por otro lado, en lo casos en que el marido tenga el derecho de contradecir la paternidad del niño nacido de matrimonio, aquél prescribe a los sesenta días de nacido el menor, sí el padre está presente; desde el día en que llegó, si estuvo ausente o desde el día en que se dio cuenta del fraude, en el caso de que se haya el nacimiento. Si el marido ha muerto, sus herederos podrán contradecir la paternidad en los mismos casos.

Excepto en los casos de los niños nacidos dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, a menos que el marido haya

establecido demanda, los herederos pueden proseguir el juicio desde que el niño haya sido puesto en posesión de los bienes del padre o desde que los herederos sean perjudicados por el hijo o poseer la herencia.

En los casos en que la divorciada, viuda o aquella que su matrimonio sea declarado nulo y contrae uno nuevo en tiempo prohibido por la Ley, cuando el hijo nace dentro del nuevo matrimonio; la filiación se establecerá de la siguiente manera:

Si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio y antes de los ciento ochenta días de la celebración del segundo, se presumirá hijo del primer matrimonio.

Si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aún cuando ese nacimiento haya ocurrido dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio, se presumirá hijo del segundo matrimonio.

Y si nace dentro de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primer matrimonio, se presume nacido fuera de matrimonio.

Con respeto al desconocimiento de un hijo, éste debe demandar ante el Juez de lo Familiar que corresponda, pues de otra forma será nulo, por lo cual al juicio deberán concurrir la madre y el hijo. Si éste es menor, se le nombrará un tutor.

A simple vista se podrá considerar que el hijo nacido dentro del matrimonio, aparentemente no tiene problema alguno con respecto a la filiación. No obstante, la Ley contempla los instrumentos legales con los cuales

se comprueba la legitimidad de dicha filiación. Estas pruebas puedan ser: la partida de su acta de nacimiento y el acta de matrimonio de sus padres.

Para establecer la filiación legítima materna, se requiere de la concurrencia de tres hechos:

1. El matrimonio de la mujer.
2. Que hubiera parto y alumbramiento en la fecha requerida, de quien pretende ser la madre.
3. Dar la identidad del hijo.

Para que una madre pueda concederle una filiación legítima a su hijo, esencialmente se requiere que esté casada. Por lo que respecta a la maternidad legítima con el parto y el alumbramiento, tanto el acta de nacimiento cuanto la posesión de estado, constituyen la prueba de que la mujer dio a luz si concuerdan. Pero si, por el contrario, se difiere, si el acta de nacimiento establece una filiación diferente de la que resulta de la posesión de estado, el acta valida tal legitimidad en la maternidad.

A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la Ley autoriza.

Para el jurista Mazeaud, la Posesión de Estado se define como:

"Una reunión suficiente de hechos que indican la relación de la filiación y del parentesco entre un individuo y la familia a la que el pretende pertenecer."³²

³² Mazeaud, citado por Antonio de Ibarrola, Derecho de Familia, 2ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1981, p383

Los *hechos* a los que se refiere Mazeaud son:

1. Que el hijo utilice invariablemente el apellido del que pretende ser su padre;
2. Que el padre lo haya tratado como hijo en su educación, alimentación y techo; y
3. Que ese individuo sea reconocido por la familia y por la sociedad como hijo.

Por ello, si nacen hijos de dos personas que han vivido como esposos ante la sociedad y los dos mueren o estuvieren ausentes o imposibilitados para manifestar que se casaron, tales hijos deberán ser considerados como de matrimonio, aun cuando no tengan el acta de matrimonio de sus padres, si prueban su posesión de estado de hijo o por los demás medios de prueba legalmente reconocidos, en tanto no se contradiga el acta de nacimiento. Esto, con respecto al nombre y al trato que tenían sus padres.

Por lo que se refiere a la fama, si una persona se reconoce siempre como hijo de matrimonio por la familia del esposo y de la sociedad, se comprobará la posesión de estado de hijo de matrimonio, pero si sucede que el hijo en forma constante use el apellido del que pretende sea su padre, con permiso de éste y que el padre lo trate como hijo legítimo, al proporcionarle subsistencia, educación y establecimiento y que el padre tenga la edad requerida por la Ley para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a reconocer.

El Artículo 345 del Código Civil señala que :

"No basta el dicho de la madre para excluir la paternidad del marido . Mientras que esta viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio."

Como es evidente, se necesita del desconocimiento o de la impugnación de la legitimidad del hijo por parte del padre.

Por lo que se refiere la nuestra legislación, Planiol dice que:

"Es un beneficio por el cual se confiere ficticiamente la cualidad de hijo legítimo a un hijo concebido fuera de matrimonio."³³

Así se entiende que los hijos que nacen fuera de matrimonio (naturales) podrán convertirse en legítimos, si son reconocidos por sus padres. Si se adopta como base su matrimonio subsecuente ya sea antes de celebrarlo, en el momento de su celebración o posterior a él, lo podrán hacer juntos o por separado.

No obstante que el reconocimiento haya sido posterior matrimonio, los hijos quedarán legitimados a partir de celebrado éste, aún cuando esos hijos hayan fallecido.

3.7 RECONOCIMIENTO O FILIACIÓN DE HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.

Al respecto nuestra legislación establece que:

³³ Planiol, Citado por Muñoz, Luis, Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Parte General, Derecho de Familia, Ediciones Modelo, México 1971, p.431.

"La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad." (art. 360 C. C.)

Como anteriormente se dijo, sólo podrán reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, que es de catorce y dieciséis años, mujer y hombre respectivamente, más la edad del hijo que quieren reconocer.

El varón que pretenda reconocer a su hijo, cuando ya la mujer lo había cuidado desde su lactancia, la ha dado todo lo necesario para vivir, además de darle educación, su nombre y lo ha presentado como hijo suyo y él lo quiere reconocer, podrá hacerlo, pero no tendrá derecho a llevarlo con él. La mujer podrá contradecirlo en el término de sesenta días a partir de la fecha en que se enteró, a menos que ella lo entregue por propia voluntad o por sentencia ejecutoriada. Además, si ella no dio su consentimiento para ese reconocimiento, quedará sin efecto alguno. En ese caso, se tendrá que resolver esa paternidad en juicio.

En los casos en que los padres lo reconozcan conjuntamente, se pondrán de acuerdo quién tendrá la Custodia. Si no lo hicieren, el Juez de lo Familiar, con intervención del Ministerio Público, lo hará tomando en consideración lo más conveniente para el menor. Si el reconocimiento se hace por separado, el primero que lo reconozca ejercerá la Custodia.

La filiación con respecto al padre sólo podrá resultar por reconocimiento voluntario.

Por otro lado los hijos que ya fueron reconocidos por uno de los progenitores o por ambos, se les deben reconocer los siguientes derechos: usar el apellido de sus padres, si ambos lo reconocieron o sólo aquel de quien lo haya hecho, además de ser alimentados y de recibir herencia.

Se ha hablado ya de que el reconocimiento por parte del padre debe ser voluntario, pero también se mencionó que la propia legislación dice que puede ser por sentencia que declare esa paternidad. En un reconocimiento forzoso o judicial, la acción que se entabla se llama precisamente "Acción de Reconocimiento Forzoso de la Paternidad."

4. GUARDA Y CUSTODIA.

4.1 LA CUSTODIA DE LOS HIJOS COMO EFECTO DE LA PATRIA POTESTAD.

Consideramos, que primero debemos conocer lo que significa la Custodia.

Ahora bien, la palabra Custodia, "...proviene del latín *Custos*, que significa, guarda o guardián y esta a su vez se deriva de *Custos*, forma del verbo *Curare*, que quiere decir, cuidar. Es, por lo tanto, la acción y efecto de cuidar o sea, guardar con cuidado alguna cosa.³⁴ⁿ

No obstante, debemos entender la palabra Custodia según nuestros intereses y trasladándola al Derecho de Familia, como la *acción y efecto de cuidar, guardar con cuidado alguna cosa o persona.*

Aún cuando en nuestro Derecho Mexicano es muy poco usual dicho vocablo, lo encontramos en el Artículo 423 del Código Civil, que dice que los que ejerzan la Patria Potestad o tengan hijos bajo su Custodia, tiene el derecho de corregirlos y la obligación de dar buen ejemplo.

Asimismo, el Artículo 283 del Código Civil menciona a la Custodia, diciendo que el Juez tiene todas las facultades para fijar la Custodia y el cuidado de los hijos. Existen otras disposiciones legales, que aún cuando no mencionan la palabra Custodia, su sentido es el mismo, como es el caso del Artículo 500 de nuestro Código Civil, que nos dice que, la tutela tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor entre otras cosas.

³⁴ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial porúa, México 1985, p 383.

El concepto de Custodia, como tema dentro de esta Tesis, se concibe como la que se enfoca en relación a los menores, con sus respectivas finalidades dentro del Derecho de Familia.

Colin y Capitant al referirse al tema expresa lo siguiente: "Es el derecho de los padres sobre la persona del hijo y comprende primero el derecho de guarda y de dirección por una parte y como consecuencia y sanción de este atributo primordial el derecho de corrección. El derecho de guarda supone como consecuencia la dirección (educación) del hijo; el derecho o el deber de vigilar sus relaciones, de prohibir todo aquello que los padres consideren desventajoso para el desarrollo físico y moral de los menores, de velar por su instrucción, de observar su correspondencia y, por parte del hijo, es la obligación de no abandonar la casa paterna sin permiso de los padres, para que estos puedan responsabilizarse de la dirección, la que es inherente a la custodia ya que es necesaria la obediencia del menor hacia ellos.³⁵"

Al otorgar el Derecho de Guarda, es decir la Custodia se otorga sólo la dirección y el cuidado de los hijos, pero no se refiere a la administración de sus bienes ni a la representación del menor. En el mismo orden de ideas, Henri León Mazeaud y Jean Mazeaud, nos dicen: "La Patria Potestad comprende: de una parte, derechos sobre la persona, el derecho de custodia y de dirección y el llamado derecho de corrección paterna; por otra parte un derecho sobre los bienes, el derecho de goce legal.³⁶"

³⁵ Mazeaud, Henri León y Mazeaud, Jean, Lecciones de Derecho Civil Traducción de Alcalá, Zamora y Castillo, Luis, Ediciones Jurídicas, Europa-America, Buenos Aires 1969. Primera Parte, Volumen IV, p. 83.

³⁶ Mazeaud, Henri León y Mazeaud, Jean, Op. Cit. p. 85.

El derecho de guarda y de dirección es una función conferida a los padres en interés de los hijos para educarlo e instruirlo, por lo que lleva consigo el correspondiente de corrección, que es el medio por el cual los padres obligan a sus hijos a la obediencia, hasta llegar a los castigos corporales, sin abusar de esta atribución, puesto que ello está penado por nuestra propia Ley.

4.2 CARACTERÍSTICAS DE LA CUSTODIA.

La Custodia constituye dentro, de la estructura social, una de las razones principales para el ordenamiento jurídico de la familia.

Como se dijo, la Guarda de un menor implica el deber de dirigirlo, de proveer su alimentación, tenerlo en su compañía y proporcionarle cuidados, educación e instrucción por lo que, quienes tienen a un menor, su finalidad debe ser de guiarlo y protegerlo.

Las características son:

- 1.- Protección y cuidado del menor
- 2.- Crianza del menor
- 3.- Educación del menor
- 4.- Vigilancia del menor

Por lo que respecta a la Protección y Cuidado del Menor, diremos que es necesario que se le ampare, defienda y atienda, puesto que él mismo, debido a su incapacidad se encuentra desprovisto de elementos para valerse por sí. Debido a ello es que, quienes tienen la Custodia, son los responsables de conservar su integridad física, intelectual y moral, a través de los

instrumentos jurídicos y sociales que se les debe proporcionar para llevar a cabo su objetivo.

La Protección y Cuidado del Menor es una de las cuestiones más difíciles a la que nos enfrentamos día a día, dado que está de por medio el futuro de menor. En este tenor, es básica la atención y cuidado que reciba a lo largo de esta etapa de su vida, puesto que en ella radica su porvenir y el papel que tendrá dentro de la sociedad.

Por lo anterior destaca, como factor determinante, la manera de llevar a cabo esta función por parte de quienes tienen la Custodia del menor.

En relación a la Crianza, palabra que deriva del latín *Creame*, que significa instruir, educar, enseñar y dirigir.

Esta característica de la Custodia al igual que la anterior, está íntimamente relacionada con la educación, por lo que criar a un menor significa ayudarlo a su crecimiento, alimentarlo, educarlo, formando en él una mentalidad saludable, a fin de que en el futuro, cuente con los medios que le permitan desarrollar sus facultades plenamente.

La crianza, así como la educación y el cuidado, son los elementos básicos que la familia u cualquier otra organización social deben brindar al infante, para que éste pueda adecuar su conducta, adaptándose a las normas sociales y jurídicas de su época.

4.3 La Educación del Menor,

En primer término, habrá de entenderse por educación a la acción y efecto de educar, enseñar, adoctrinar. La educación es un proceso selecti-

vo, que proviene de las experiencias adquiridas por el individuo a lo largo de la vida y de las acumuladas a través de la historia de la humanidad.

El conjunto de conocimientos y formas de comportarse, que el individuo selecciona y aprende a través de sus experiencias, como la selección ética, intelectual, estética, técnica; y se efectúa por él mismo, por medio del intelecto, ayudado, dirigido y orientado por la sociedad. El medio será a través de su instrucción básica, la familia o por la acción de otros organismos sociales, como las instituciones de enseñanza.

Mientras que la familia dirige la educación del individuo, especialmente en las cuestiones éticas, la escuela se encarga de proporcionar una preparación intelectual, que lo capacita para seguir otros estudios superiores.

Por consiguiente, diremos que la educación consiste en lograr desarrollar las aptitudes del educando en forma armónica e integral.

Nuestra legislación destaca esta característica de la Custodia de la siguiente manera, en el Artículo 422 del Código Civil.

"A las personas que tienen al hijo bajo su Patria Potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Quando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas de que se trata no cumplen esta obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.³⁷"

No obstante el precepto anterior, nos encontramos con una gran cantidad de casos, en el Distrito Federal, en que los padres descuidan la edu-

³⁷ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Editorial SISTA. p. 38

di.
te
F
n

cación de sus hijos, cuestión que está a la vista de todos, en tanto que los Consejos Locales no cumplen con su obligación de vigilancia e información en los términos del Artículo 632 del Código Civil, cuestión que criticamos por no llevar a cabo la mínima labor de vigilancia de esos padres, a fin de que den debido cumplimiento de su obligación .

Asimismo, cabe hacer mención, que en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, al referirse a la educación de los menores, lo hace en forma vaga e incierta, aspecto que es indiferente al legislador.

Otro de los preceptos del Código Civil, el Artículo 413, da a entender que el ejercicio de la Patria Potestad se encuentra relacionado con la guarda y educación de los hijos, sin agregar más al respecto. Además, dice que estará sujeto a las modalidades de la Ley de Previsión Social de la Delincuencia Infantil del Distrito Federal.

De lo anteriormente expresado, concluimos que son tres los organismos que controlan el ámbito familiar en cuestiones relativas a la Custodia de Menores de Edad: El Juez de lo Familiar, El Ministerio Público y el Consejo Local de Tutela.

4.4 VIGILANCIA DEL MENOR

Última de las características de la Custodia. Resulta ser sumamente importante velar por el menor ya que su formación depende de las medidas que se adopten para ello.

Si el menor forma parte de una familia, son los padres quienes deben asumir esta tarea dado que se tiene un trato directo, por medio de la atención cuidadosa de la persona del menor, enterándose de las amistades e instrucción que tienen y en general de todos los actos que ellos realicen.

A falta de los padres, corresponderá a los abuelos dicha obligación dado que ésta resulta como consecuencia de la Patria Potestad. No obstante, cabe mencionar que cuando esos menores se encuentran fuera de la Patria Potestad, la tarea de vigilarlos corresponderá a la institución o persona que los tenga a su cargo.

En los casos de disolución del matrimonio o por fallecimiento de uno de los cónyuges, el subsistente seguirá ejerciendo la Patria Potestad sobre sus hijos. Por consiguiente corresponderá a éste la Custodia con todas sus características.

En los casos de divorcio y separación de cuerpos, la Patria Potestad podrá seguir en las manos de ambos cónyuges; pero por lo que respecta a la Custodia sólo uno de ellos podrá ejercerla. Por lo general, el cónyuge culpable es el que pierde ese derecho, a menos que el Tribunal resuelva lo contrario.

Cabe mencionar que en algunos casos la Patria Potestad sólo es de hecho, como puede ser el caso de que el padre que no haya reconocido legalmente al hijo, sin embargo desarrolla de hecho todas las funciones de la Patria Potestad, incluyendo la Custodia.

Al respecto el profesor Pelosi, hace una distinción de ambos lados, el interno y el externo de la Patria Potestad: En el primero al faltar una investidura legal del oficio, el ejerciente de hecho de Patria Potestad no está provisto de los poderes inherentes al aspecto interno del instituto y así no podría concretamente ejercitar acciones civiles para obtener la restitución del menor de quien lo haya sustraído y formular querrela apoyado en el Código Penal.

En el lado externo, el mismo autor, entiende que el ejercitante de hecho "...carece del deber de sustraer al menor y del polo correlativo de representarlo, salvo en el caso de que fueran aplicables los efectos atribuidos a la gestión ajeno sin mandato.³⁸"

4.5 REGLAS GENERALES EN NUESTRO DERECHO POSITIVO MEXICANO RELATIVAS A LA CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD.

El Artículo 414 del Título Octavo, Capítulo 1 del Código Civil nos indica que la Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce por:

1. Los Padres
2. Los Abuelos Paternos
3. Los abuelos Maternos.

Asimismo otro de los preceptos legales del mismo ordenamiento, el Artículo 418, expresa de alguna manera que el orden de quienes ejercen la Patria Potestad será determinado por el Juez de lo Familiar, según las circunstancias.

Por lo tanto, la custodia como un efecto de la Patria Potestad es ejercida en los casos de hijos de matrimonio por las personas señaladas en el Artículo 414 del Código Civil. Como hemos visto, la Patria Potestad es ejercida indistintamente por ambos progenitores, en primer término; pero nuestra Ley no indica la división de poderes y facultades que deben ejercer en forma separada, sino que sólo dicen que deben ser cumplidas conjun-

³⁸ Castán Vázquez, Op. Cit.

tamente por el padre y la madre, velando siempre por la guarda y educación del hijo.

Por lo anterior, podrá interpretarse que en todo momento deberán actuar de acuerdo, no sólo respecto a la administración de los bienes, sino también en lo referente a la custodia, cuidado, dirección, crianza y vigilancia del menor.

Sin embargo, cuando hay discrepancia en sus ideas y éstas se refieren al menor, el Juez de lo Familiar deberá intervenir para dirimir esas controversias. Por otro lado la situación de la Custodia de los menores de edad en los casos de divorcio es diferente, puesto que a pesar de que ambos padres puedan tener el ejercicio de la Patria Potestad, la Custodia es ejercida por uno de ellos o por otra persona, que bien podrían ser los abuelos paternos o maternos y aún más por otra tercera persona.

De la lectura del Artículo 273 del Código Civil se desprende que en el convenio se debe designar la Custodia de los hijos, desde el momento en que se solicita el divorcio ante el Juez, tanto durante el procedimiento cuanto después de ejecutoriado el divorcio.

Además, su fracción II se refiere al modo de solventar las necesidades de los menores. Habrá que recordar que una de las características de la Custodia es la de crianza del menor y que dentro de ella se encuentra la obligación de los padres o en general de los que ejerzan la Custodia, de alimentarlos, educarlos y formarlos para que se les ayude en su crecimiento.

Por otro lado, es necesario establecer lo que se debe entender por procurar alimentos y es precisamente el Artículo 308 del Código Civil el que

nos indica en qué consiste, prescribiendo que no sólo comprende la comida, sino también el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. En el caso de menores, también comprende los gastos necesarios para la educación primaria y proporcionarle algún arte oficio o profesión honesta, según las circunstancias de sexo y personales.

Asimismo el Artículo 282 del ordenamiento legal en comento, precisamente en su fracción VI establece:

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

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá a las personas en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos.

El Juez previó el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.

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

Por otro lado el Artículo 283 del mismo precepto, señala que:

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

De lo anteriormente expresado, podemos concluir que la situación de los hijos en cuanto a la pérdida y suspensión de los derechos que se derivan de la Patria Potestad, tales como la Custodia, es el Juez quien tiene amplias facultades para determinar lo relativo a la pérdida, suspensión y limitaciones de la Patria Potestad y de la Custodia y el cuidado de los hijos, vigilando siempre sus intereses, considerando las circunstancias de cada caso en particular.

Las reglas relativas a la determinación de la Custodia en los casos de nulidad de matrimonio, están sujetas a lo que menciona el Artículo 259 del Código Civil, que de su contenido, se aprecia que los padres propondrán la forma y términos del Cuidado y Custodia de los menores, siempre y cuando el Juez lo crea conveniente.

Cuando se trata de un expósito, recién nacido que es abandonado en un lugar público, por lo que se desconoce su nombre y quiénes sean sus padres, la Custodia deberá ser ejercida por las instituciones que tienen como finalidad precisamente el cuidado del menor. Estas Instituciones pueden ser de beneficencia pública o privada.

Al referirse a los menores dados en adopción, la Custodia debe ser ejercida sólo por las personas que lo hayan adoptado; al tenor de lo dispuesto por el Artículo 403 del Código Civil, el cual señala que la Patria Potestad se transfiere al adoptante. De igual manera, el Artículo 419 expresa que, en los casos de hijos adoptivos, la Patria Potestad sólo será ejercida por los que lo adopten. Es sabido ya de antemano que en los casos de un matrimonio, ambos deberán ejercerla.

4.6 SITUACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.

Ya se ha mencionado que una de las finalidades de la Ley estriba en proteger y cuidar a los hijos, por lo que la Patria Potestad no es una institución que depende siempre de la existencia de un matrimonio, sino simplemente de una relación paterno-filial, de la procreación; imponiendo a los padres la obligación de criarlos y educarlos de la mejor manera posible.

Al respecto nuestra legislación en su Artículo 415 dice a la letra:

"Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la Patria Potestad.

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

Del precepto anterior se deduce que cuando los padres reconozcan al hijo, viviendo juntos, a los dos les corresponde ejercer la Patria Potestad y aun cuando no lo dice, debemos entender que también ejercerán conjuntamente la Custodia.

Asimismo, el Artículo 417 en su contenido nos dice que si se separan los padres de un hijo nacido fuera de matrimonio, uno de ellos seguirá ejerciendo la Patria Potestad, según se pongan de acuerdo y si no lo hacen, el Juez designará quién de ellos la ejercerá.

Esta aseveración que hace el Artículo antes mencionado, la sustentante considera que está fuera de lugar, habida cuenta de que, si ambos padres ejercen la Patria Potestad y uno de ellos se separa, ambos seguirán en su ejercicio y sólo por Sentencia se pierde.

Esto lo señala el Artículo 444 del Código Civil y es la razón que el presente trabajo trata la problemática que se presenta cuando está en discusión la guarda y custodia de un menor, son ambos padres quienes lo quieren para sí y es el Juez de lo Familiar quien decidirá quién de los dos la tendrá a su favor, en virtud de que existen causales específicas para la pérdida de la Patria Potestad y tal no sucede por el sólo hecho de separarse ambos progenitores.

Los Artículos 415 y 417 del Código Civil se refieren a la Patria Potestad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, cuando los padres vivan juntos al momento de reconocer al hijo, lo mismo que la fracción III del Artículo 382, que se refiere a los casos en que la madre habite bajo el mismo techo del pretendido padre, viviendo maritalmente con él.

De modo que si el hijo es reconocido por los convivientes, al momento en que éstos posteriormente se separen, deberán ponerse de acuerdo acerca de quién de ellos seguirá ejerciendo la Custodia y a falta de este acuerdo, resolverá el Juez.

De la misma manera, el último párrafo del Artículo 415 del Código Civil, habla de los casos en que los padres viven separados y remite a los Artículos 380 y 381 del mismo ordenamiento.

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

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

Es de destacar que el Artículo 380 del Código Civil, antes transcrito, es de suma importancia en el presente trabajo ya que en muchas ocasiones la determinación del juzgador provoca que el padre no favorecido se sienta tratado injustamente y desde su perspectiva, considere que se le ha transgredido un derecho.

Ello provoca que, en ocasiones, esos padres que no fueron favorecidos se hagan justicia por su propia mano y se lleven al menor, aun sin tener a su favor la Guarda y Custodia correspondiente. Se configura con esta conducta el desacato a una determinación judicial lo que constituye el tema principal de la presente Tesis. Se incluye, asimismo a los hijos nacidos

dentro del matrimonio y que se encuentran en la circunstancia antes referida.

Se considera que hasta la fecha no existe la fuerza legal para hacer cumplir este tipo de determinaciones, mismas que en varias ocasiones implican que uno de los padres del menor se sienta agredido por la autoridad y, en consecuencia, actúe desobedeciendo al Juez.

No obstante, al tratar nuestra legislación el término "Custodia", no señala en qué consiste; pero al relacionar este concepto con todo lo anteriormente dicho, se puede afirmar que se refiere al cuidado, protección, vigilancia y educación de los menores.

En el mismo orden de ideas, se expresa que nuestra legislación trata superficialmente el aspecto de la Custodia de los hijos en las tres instituciones que son:

1. La primera, cuando los padres viven juntos y reconocen al hijo en un mismo acto, ellos decidirán quién ejercerá la custodia;
2. En la segunda situación, cuando los padres no viven juntos y el reconocimiento fue sucesivo, ejercerá la custodia el primero que lo haya reconocido; y
3. En la última, cuando los progenitores que vivían juntos se separan, se pondrán de acuerdo en quién ejercerá la custodia.

Hasta este momento, se debe considerar que no hay problema para determinar el ejercicio de la custodia, sino que el problema se suscita cuando los padres no llegan a un acuerdo y es por lo tanto la autoridad quien debe decidir al respecto, pero siempre velando por los intereses de los menores.

Puesto que en nuestra legislación se le otorgan amplias facultades a las autoridades para decidir cuál de los padres ejercerá la Custodia sobre los hijos, tomando en consideración los intereses del menor, como ya se asentó, en ningún momento atendiendo a los intereses personales de los padres. Se debe reconocer que, en repetidas ocasiones ellos actúan sólo por egoísmo y se empeñan en conservar la Custodia de sus hijos, sin pensar que tal vez no son los más aptos para ello ya sea emocional, económica o moralmente.

Este grave problema debe ser profundamente analizado por las autoridades competentes, habida cuenta de que en varias ocasiones adoptan el aspecto patrimonial como el más importante para la designación de la Custodia, sin realizar un estudio real de las relaciones de los padres con sus hijos, cuestión que les serviría de punto de partida para reflexionar y posteriormente determinar en sus resoluciones, a fin de que éstas sean más justas y benéficas para los niños.

5. DETERMINACIONES DEL JUEZ DE LO FAMILIAR EN RELACIÓN AL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA.

La forma de determinar y asignar la Custodia de menores está implícita en diversos Artículos del Código Civil, sólo que de una manera insuficiente para obtener los datos precisos y claros sobre la forma de cómo debe hacerse y al mismo tiempo, fijar las obligaciones que le corresponden a los sujetos encargados de la Custodia.

De igual manera nos percatamos de que los Artículos referentes a la determinación de la Custodia, se encuentran diversificados en varios títulos del Código Civil como lo son: el título V del matrimonio, en su Capítulo X del Divorcio, expresamente en los Artículos 272, 273 en sus fracciones I, II y el Artículo 275, así como los Artículos 282, 283, 284, 285 y 287.

Con base en el tema de la determinación de la Custodia de menores de padres separados, se comenzará por mencionar los casos en que los padres convienen en divorciarse teniendo hijos menores. En este caso, se debe acudir ante el Juez de lo Familiar competente, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles, precisamente el último párrafo del Artículo 272, el cual será abordado posteriormente; el que indica lo antes expresado.

El Artículo 273 del Ordenamiento Civil dice que los cónyuges que se encuentran en los casos del último párrafo del Artículo 272, deben de formalizar un convenio y presentarlo al juzgado correspondiente, en el que se indiquen los acuerdos tomados por los cónyuges respecto a su situación co-

mo tales en lo referente a sus hijos. Las fracciones que interesan son la I, que indica la obligación de designar a la persona que se hará cargo de la Custodia de los menores durante y después del procedimiento; y la fracción II, que agrega que deberán los cónyuges indicar el modo de solventar las necesidades de los hijos, durante y después del procedimiento de divorcio voluntario.

Asimismo, el Artículo 275, expresa que el Juez debe dictar las medidas suficientes para asegurar a los menores en lo referente a su subsistencia, hasta en tanto se declare el divorcio.

Por otro lado, el Artículo 282 dispone que desde el momento que se admita la demanda de divorcio o antes si es necesario, deberán dictarse provisionalmente, en tanto se declare el divorcio, ciertas medidas; como la que indica la fracción III, de señalar y asegurar los alimentos que deban proporcionarle a los hijos por el acreedor alimentista, así como lo indica la fracción VI, de determinar la custodia de los menores, asignándola a la persona que ambos hayan convenido. Ésta puede ser uno de los progenitores y si no hubieren llegado a ese acuerdo, el cónyuge que demandó el divorcio podrá designar a quien crea conveniente, a fin de que el Juez resuelva lo conducente.

El último párrafo de este Artículo expresa una situación clara y precisa para la determinación de la Custodia expresando lo siguiente:

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

El Artículo 283 es de gran importancia para el tema, puesto que expresa que, precisamente en la sentencia de divorcio, se establecerá la si-

tuación de los hijos; y otorga al Juez amplias facultades para decidir sobre los derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad, teniendo la facultad de limitarla, suspenderla o aún más declarar su pérdida, refiriéndose de manera especial a la custodia y cuidado de los menores, que para otorgarla, el Juez necesita todos los elementos para decidir.

El Artículo 284 preceptúa que, aún cuando el Juez tiene las más amplias facultades para resolver sobre la patria potestad, en lo referente las cuestiones relativas a la tutela de los hijos, debe escuchar la petición de los abuelos, tíos o hermanos.

También en el Código Civil, Título Séptimo de la Paternidad y Filiación, en su Capítulo IV "Del Reconocimiento de los Hijos Nacidos Fuera de Matrimonio", específicamente en el Artículo 378, se refiere a los casos en que los padres no están presentes y otra persona, una mujer, ha tenido la custodia de un menor al cual le ha dado su nombre y lo presenta como hijo suyo, dándole subsistencia y educación. Si un hombre pretende reconocerlo para que le entreguen su custodia, la mujer puede contradecir ese reconocimiento, evitando así que se lo quiten de su lado, a menos que ella consintiera el reconocimiento o por sentencia del Juez que así lo declare.

Por su parte, el Título Octavo de la Patria Potestad en su Capítulo I, De los efectos de la Patria Potestad, respecto de la persona de los hijos omite preceptuar quiénes tienen la Custodia de los menores, como es el caso del Artículo 412, que "...sólo menciona, que siendo los hijos menores de dieciocho años, siempre y cuando no estén emancipados, estarán bajo la patria potestad de sus ascendientes."

El Artículo 414 expresa que son los padres en primer término, quienes deben ejercer la patria potestad y por ende, la custodia sobre sus hijos. Después los abuelos paternos o maternos, en el orden que determine el Juez familiar, considerando todas las circunstancias del caso y en beneficio de los menores (Artículo 418). Lo anterior, en casos de hijos de matrimonio.

Otro precepto del citado Código, el Artículo 413, expresa que el ejercicio de la patria potestad en cuanto a la guarda y educación de los hijos menores, se encuentra sujeto a las resoluciones del Juez de lo familiar

Por lo que se refiere a los hijos nacidos fuera de matrimonio, el Artículo 415 dice que si los padres no están casados, pero viven juntos y reconocen a su hijo, los dos ejercerán la patria potestad. Sin que esté expresado literalmente, es posible entender que se refieren también a la custodia.

De igual forma habla de los casos en que los progenitores no están unidos en matrimonio y viven separados, remitiéndonos a los Artículos 380 y 381 que ya hemos analizado. Y el Artículo 416 que preceptúa para el caso en que uno de los padres deja de ejercer la patria potestad, que la ejerza el otro.

Asimismo, el Artículo 417 nos dice que, en los casos en que los padres de hijos nacidos fuera de matrimonio vivan juntos y después se separen, de común acuerdo deberán determinar y designar quién ejercerá la patria potestad y al mismo tiempo la custodia. Si no lo hicieren, el Juez resolverá lo conducente.

Por último, el Artículo 420 menciona que a falta o impedimento de quienes primero tienen el derecho de ejercer la patria potestad, entrarán a ejercerla los demás ascendientes, en el orden indicado en este precepto.

Según las circunstancias del caso en particular, el Juez decidirá atendiendo a lo dispuesto por el Artículo 418 del Código Civil. Si sólo hubiera uno de los dos que deban ejercerla, lo hará el que quede.

Hasta ahora se ha hablado de los casos en que los padres viven separados y es uno de ellos o de los ascendientes (abuelos paternos o maternos) quienes por disposición de la ley deben ejercer la patria potestad y todas sus obligaciones inherentes, tal como es la custodia.

Existen otros casos en que, aún cuando los progenitores estén presentes, es necesario otorgar la custodia a otras personas diversas a las ya mencionadas, a efecto de suplir a los que preferentemente tienen ese derecho ya sea en forma temporal o en forma definitiva y estamos hablando de la Tutela, misma que, tal como se ha expresado en páginas anteriores, también su objeto es la Guarda de la persona y bienes de los menores no sujetos a la patria potestad y que están incapacitados natural, legal o sólo legalmente. Así es el caso de los menores, que no son capaces de actuar por sí mismos. Además, como lo expresa el último párrafo del Artículo 449, la tutela puede tener por objeto la representación del menor incapaz.

La Patria Potestad puede suspenderse o perderse, según lo amerite el caso. Se suspende por incapacidad declarada por el Juez, por ausencia declarada o por Sentencia condenatoria; y puede perderse en los casos en que la persona sea condenada a ello, cuando ha cometido delitos graves; en los casos de divorcio o por costumbres depravadas de los padres, malos tratos o incumplimiento de deberes, si ocurre que esté expuesta la salud, moralidad o seguridad de los menores.

El Código de Procedimientos Civiles, también se refiere al tema, aumentando o aclarando ciertas situaciones. Al respecto, el Título Decimosexto, De las Controversias de Orden Familiar en su Capítulo Único, Artículo 941, nos dice que el Juez de lo Familiar tiene la facultad de intervenir de oficio en los asuntos de orden familiar y aún más tratándose de los menores y de los alimentos, invitando a las partes a llegar a un convenio.

Asimismo, el Artículo 953 nos menciona que:

“La recusación no podrá impedir que el Juez adopte las medidas provisionales sobre el depósito de personas, alimentos y menores.”

Lo anterior ocurre de la misma manera consignada en el Artículo 954, el cual expresa que las excepciones dilatorias tampoco impedirán que se tomen las medidas del Artículo 953 y después de éste se dará trámite a la situación que dicha excepción dilatoria.

Se pudo observar que la determinación de la Custodia, así como su designación, la encontramos en diversos Artículos del Código Civil y además en otros del Código de Procedimientos Civiles referentes al tema y nos damos cuenta de que esos Artículos están de manera diversificada y desunida dificultando con ello su comprensión.

5.1 SUJETOS QUE INTERVIENEN PARA DETERMINAR LA CUSTODIA DE MENORES.

De lo expresado en paginas anteriores, se desprende que los sujetos que intervienen en la determinación de la Custodia de los menores de edad son: en primer término los propios progenitores; el Juez de lo Familiar, el Ministerio Público, el Consejo Local de Tutelas, los Parientes como los as-

cendientes, hermanos, los parientes colaterales hasta el cuarto grado y en ciertas ocasiones, el propio menor.

Recordemos el Artículo 272 fracción 1, que preceptúa que serán los cónyuges quienes deben convenir en determinar y asignar la persona que tendrá la custodia de sus hijos menores durante y después del procedimiento del juicio de divorcio voluntario.

De igual manera, el Artículo 259 dice:

"Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y custodia de los hijos y el Juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso."

El Artículo 275 señala que el Juez debe dictar las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los menores, hasta en tanto no sea decretado el divorcio.

También el Artículo 282 en sus fracciones III y VI del Código Civil ordena que desde que se admita la demanda de divorcio o antes, debe dictarse, en forma provisional por el Juez, la manera de asegurar los alimentos a los menores y ponerlos al cuidado de la persona que hubieren designado los cónyuges. Puede ser que lo decida solo el cónyuge que pida el divorcio o el juez. Normalmente, los hijos menores de siete años, como ya se mencionó, quedan al cuidado de la madre a menos que afecte su normal desarrollo.

Como hemos dicho, el Artículo 283 del Código Civil es muy importante, pues concede al Juez las más amplias facultades para resolver lo relati-

vo a la patria potestad y todos sus derechos y obligaciones en especial la custodia y cuidado de los hijos menores.

El Ministerio Público, tiene un papel muy importante en la determinación y asignación de la custodia de menores, habida cuenta de que es el defensor de la sociedad. Sobre todo si se trata de menores de edad, al referirnos al Artículo 380 y 381 del Código Civil, mencionamos que en ambos Artículos, el Juez de lo familiar resolverá la custodia de los menores oyendo a los padres y al Ministerio Público. De igual manera, el Artículo 381 del Código Civil, expresa que se debe oír a los interesados y al Ministerio Público.

El Artículo 418 del mismo Código reitera que es el Juez quien determinará y designará a la persona indicada para ejercer la patria potestad a falta de los padres, serán los ascendientes (abuelos), en el orden que el mismo Juez determine.

Uno de los Artículos que habla de la intervención de los Consejos Locales de Tutela, es el Artículo 422 del Código Civil, que ordena que cuando las personas a cargo de ejercer la Patria Potestad de un menor, tienen la obligación de educarlo convenientemente y si no lo hacen y llega a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela, éstos deberán dar aviso al Ministerio Público para que se promueva lo conducente.

La Custodia, como ha sido dicho, también puede ser desempeñada por persona diversa a los ascendientes o parientes colaterales. Es en la tutela donde los Jueces del Registro Civil, las autoridades administrativas y judiciales tiene la obligación de avisar a los Jueces Populares cuando sea necesario nombrar un tutor, cuestión que contempla el último párrafo del

Artículo 460 del Código Civil. Asimismo, el 468 del mismo ordenamiento, indica que mientras no se designe ese tutor, el Juez de lo familiar cuidará en forma provisional al menor.

Es posible que la persona que deba estar encargada de la Custodia sea designada por el propio menor si éste ha cumplido dieciséis años de edad, siempre y cuando el Juez de lo Familiar confirme esa designación y para ello, deberá oír el parecer del Consejo Local de Tutelas. Si es menor de dieciséis años, el Juez hará el nombramiento del tutor, escogiéndolo de las listas formadas cada año por El Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público. Se puede concluir que el Tutor deberá ser nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor y de oficio por el Juez de lo Familiar.

Independientemente de los sujetos mencionados anteriormente, intervinientes en el proceso para determinar la Custodia de los menores, el Código de Procedimientos Civiles nos indica que otros sujetos influyen definitivamente en esa determinación. A mayor abundamiento, el Código de Procedimientos Civiles, reitera la esencial participación del Juez de lo Familiar.

De esta suerte, el Artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles, expresa lo siguiente:

“El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger sus miembros.”

Esto es, que el Juez de lo Familiar, sobre asuntos esencialmente de menores y de alimentos, independientemente de cualquier asunto familiar, debe intervenir desde el momento en que tenga conocimiento, exhortando a los interesados a un avenimiento mediante convenio.

Asimismo, el Artículo 213 del Código de Procedimientos Civiles dispone lo siguiente:

"El Juez determinará la situación de los hijos menores atendiendo a las circunstancias del caso, tomando en cuenta las obligaciones señaladas en el Artículo 165 del Código Civil, las propuestas de los cónyuges, si las hubiere y lo dispuesto por la fracción VI del Artículo 282 del mismo Código Civil."

Cuando en un litigio las partes están asesoradas por Licenciados en Derecho, éstos influyen en la decisión de los padres y de alguna manera en la decisión del Juez.

Al respecto el Artículo 943, en su último párrafo, dice que es optativo para las partes tener asesor en el litigio, pero que éstos deben ser necesariamente Licenciados en Derecho con cédula profesional y si la otra parte no tuviera asesor, se le nombrará uno de oficio.

Por otro lado, los Trabajadores Sociales, llenan un papel muy importante en el proceso que conduce a la determinación de la Custodia de menores, así como la designación que haga el Juez sobre la persona encargada de el cuidado de ellos.

El Código de Procedimientos Civiles en su Artículo 945, nos menciona que el Juez podrá resolver las controversias, cerciorándose por sí mismo, con el auxilio de Trabajadores Sociales, sobre la veracidad de los he-

chos. Estos profesionales deben presentar un informe idóneo en la Audiencia, además de poder ser interrogados por el mismo Juez y por las partes.

5.2 CIRCUNSTANCIAS QUE CONSIDERA EL JUZGADOR PARA DETERMINAR LA CUSTODIA.

Son diversas las circunstancias que toma en consideración el Juez para determinar la Custodia de los menores; mismas que van desde la edad del menor, hasta la experiencia del juzgador.

Además, las probanzas toman un papel muy importante. Habida cuenta de que la prueba instrumental, por ser un documento público tiene valor probatorio pleno, en los documentos privados y en todas las demás pruebas el Juez hará su valoración como indica el Código de Procedimientos Civiles:

"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." (art. 202).

Por lo tanto, las confesiones que absuelvan las partes, deberán ser estudiadas mediante la lógica, desde una perspectiva psicológica basada en la experiencia del juzgador. Tal es la razón por la que, en ocasiones, el Juez manda llamar a los propios menores, no con el fin de que atestigüen en el litigio que existe entre sus padres, sino para hacer un análisis psicológico de su aptitud, comportamiento, razonamiento etc.

De igual manera lo hace el juzgador con la prueba testimonial, donde analiza las actitudes y respuestas de los testigos de una y otra parte, para

posteriormente esté en posibilidad de realizar la valoración adecuada. Estos testigos puedan llegar a ser los mismos familiares de el menor o cualquier otra persona que se relacione con la vida cotidiana de los progenitores y de sus hijos.

Pero su principal fin será velar por los intereses del menor, cuidando no sólo el aspecto económico, sino también los valores morales y emocionales, en relación con la o las personas que se van a hacer cargo de su Custodia, ya sea ésta otorgada en forma temporal o definitiva.

5.3 CRITERIOS GENERALES EN LA PRÁCTICA JURÍDICA, SOBRE PROBLEMAS DE CUSTODIA DE MENORES, CUANDO LOS PADRES SE HAN SEPARADO.

Al respecto, existe Jurisprudencia sobre el tema en cuanto a la Suspensión de Disposiciones Legales relativas a Menores, como lo expresa la Jurisprudencia número 1914, que a continuación citamos:

SUSPENSIÓN, TRATÁNDOSE DE MENORES.

"Las disposiciones legales relativas a menores son consideradas como de interés público y por tanto, es improcedente conceder la suspensión contra las ordenes que tiendan a hacer efectivas dichas disposiciones."³⁹

Quinta Época

Tomo V II pag. 931 Regil Alonso de

Tomo X pag. 869 Castro Raúl

Tomo XV pag. 541 Du Manuel Edmundo

³⁹ Esta Tesis apareció publicada, con el N°319, en el Apéndice 1917-1985, 8ª. Parte, p. 525.v

Tomo XV pag. 1157 Isasi José C.

Tomo XV pag. 1290 García C. de Rojas Carmen.

Se evidencia, por tanto, que es criterio de la Suprema Corte que, cuando se afecta el interés público, no es posible conceder suspensiones judiciales sobre los menores hijos, pues repercutiría directamente en afectarles.

Existen otras Tesis, relacionadas con menores, como lo es:

Jurisprudencia número 1915

SUSPENSIÓN TRATÁNDOSE DE MENORES, PRIVACIÓN DE LA GUARDA.

“Contra la resolución que pretenda privar a quienes ejerzan la patria potestad, de la custodia del menor, procede conceder la suspensión sin fianza, para que los casos se mantengan en el estado en que se encuentran, en tanto se falla el fondo del amparo.”⁴⁰

Quinta Época

Tomo XIX pág. 857 García Felipe

Tomo XXII pág. 1401 Arenas de Nieto Carmen

Tomo XXIX pág. 1315 Liceaga De Del Corral Rebeca

Tomo XXXI pág. 765 Cid Viuda de Paz Isabel

Tomo XXXI pág. 1557 Flores Amador Francisco.

Tesis relacionada

⁴⁰ Esta Tesis apareció publicada, con el N°. 230, en el Apéndice 1917-1985, 9°. Parte, p. 378.

MENORES, GUARDA DE LOS.

"Cuando se dicta una medida provisional durante la tramitación de un juicio de divorcio sobre la guarda de los menores hijos del matrimonio, no se violan las partes esenciales del procedimiento, puesto que en la sentencia definitiva se resolverá lo que proceda respecto a la misma guarda de los menores.⁴¹"

Jurisprudencia número 1916

"La resolución dictada en el curso de un juicio de divorcio, relativa a que no es procedente la incorporación de los hijos, al domicilio de uno de los cónyuges, es simplemente declarativa y no requiere ejecución material de ningún género, por lo cual contra ella no es procedente el amparo.⁴²"

MENORES, GUARDA DE LOS.

"Las disposiciones relativas a la guarda de lo menores son cuestiones de carácter civil y de la competencia de los Jueces de este fuero y si un Juez penal, conociendo de un proceso, dicta resoluciones que afecten al estado civil de las personas, con ello viola las garantías constitucionales de los interesados.⁴³"

MENORES, VISITA A LOS.

⁴¹ Quinta Época, Tomo XXIX p. 1786 y Tomo XXXII, p. 1656

⁴² Quinta Época, Tomo XXIX p. 1786 y Tomo XXXII, p. 1342

⁴³ Quinta Época: Tomo XXXII, p. 1652.; Inurrete José Luis.

"La inviolabilidad del domicilio, como prolongación de la libertad individual, no puede ser afectada sino en los casos previstos por el Artículo 16 Constitucional o sea, por cateo o visitas domiciliarias de autoridad administrativa."⁴⁴

Íntimamente relacionados con la Jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, existen criterios de esta misma Corte como son:

MENORES, GUARDA DE LOS. (DERECHOS DE LA MADRE)

"Mientras no se resuelva en forma definitiva sobre la Patria Potestad de un menor, no es posible privar a la madre del derecho que tiene de guardarlo y por ende, de recibir la pensión alimenticia que sea necesaria para las necesidades del mismo; tanto más, si en el caso se ha concedido la suspensión de la citada quejosa, en un amparo anterior, pues mientras no se decida dicho juicio, debe mantenerse a la quejosa en esa situación mientras se falla el asunto en lo principal y sin necesidad de que otorgue fianza, puesto que la pensión alimenticia está destinada a satisfacer las exigencias del citado menor, de acuerdo con la obligación que la ley impone al padre."⁴⁵

Tomo LXXX, pág. 4183, Amparo Civil, Revisión del Incidente de Suspensión 2861/ 44, Hernández Oscar, 26 de Junio de 1944, unanimidad de votos.

⁴⁴ Quinta Época: Tomo XXXVI, p. 864; Ramírez José

⁴⁵ Quinta Época: Tomo LVII, p.3296; Moral Manuel

Criterio de Suprema Corte de Justicia de la Nación del folio 62381.

Independientemente de lo que resuelva el Juez después de terminado el juicio, el derecho de la madre de tener la Guarda del menor es muy justo, sobre todo para los menores y sin necesidad de que ella otorgue fianza, puesto que el padre debe otorgar la pensión alimenticia para satisfacer esas necesidades.

MENORES, GUARDA DE LOS, EN CASO DE DIVORCIO.

"No es cierto que un Juez de lo Civil priva del derecho que tiene un padre de ejercer la patria potestad sobre su hijo menor de edad, si teniendo en cuenta la corta edad de éste, se limita a determinar que debe tenerlo en su poder la madre, habiendo al efecto aplicado, por analogía, lo prevenido por el Artículo 12 de la Ley del Divorcio del Estado de Campeche, según el cual, en caso de divorcio, cuando no hubiese acuerdo entre los cónyuges, sobre la forma en que deben quedar los hijos, los menores de seis años quedarán en poder de la madre, por lo que ya sea que se trate de divorcio o de conflictos de cualquier naturaleza, existe la circunstancia de que los hijos pequeños necesitan del cuidado y atención de la madre y en tal virtud, deben estar en poder de la misma."

Tomo LIX, pág. 2931, Amparo Civil en Revisión 8496/ 38, Minaya Barrera Raúl, 16 de Marzo de 1939, unanimidad de 4 votos.

Criterio de la Suprema Corte de la Nación, del folio número 62387.

Este criterio se refiere a la negación del Juez de que se esté privando al padre del derecho de ejercer la Patria Potestad sobre el menor, al concederle a la madre la Guarda, mientras se resuelve en definitiva su posición, toda vez que es criterio explorado de derecho, que los menores necesitan más el cuidado de la madre.

MENORES GUARDA DE LOS. ESTUDIO DE OFICIO DE LA CUESTIÓN.

"El juzgador no esta obligado, en materia de relaciones familiares, a resolver conforme a las pretensiones de las partes, simplemente por que no se oponga la defensa conducente y, por tanto la conveniencia o inconveniencia de que los menores de edad queden con uno o otro de sus padres y vivan en tales o cuales circunstancias, queda a su prudente discreción y debe velar por el interés de dichos menores."

Tomo CXXIV, pág. 1022, Amparo Civil Directo 3044/ 53, Labrador Maria, 17 de Junio de 1955, unanimidad de 4 votos.

Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación folio número 62389.

Este criterio reitera el principio de obligación al juzgador de actuar siempre velando por los intereses de los menores, interviniendo de oficio y no a petición de los padres, puesto que sus pretensiones pueden ser en muchas ocasiones egoístas, sólo por el interés personal y no por el bienestar de su hijo.

MENORES GUARDA DE LOS.

"Las personas no son objeto del derecho de posesión y si se habla de ésta, es tomándola como una situación de hecho resultante del ejercicio del derecho a la patria potestad; y si de autos está fehacientemente probado que el quejoso tenía en su poder o en su guarda a una menor hija natural, no está dentro de las atribuciones de un Procurador General de Justicia y de un Agente del Ministerio Público, el que de manera informal, se le prive de la guarda o posesión de su hija, pues es evidente que la situación jurídica de la menor en caso de ser discutida por sus padres, debe ventilarse ante las autoridades judiciales competentes y de ninguna, manera ante un Procurador General de Justicia."

Tomo XCVII, pág. 1899, Amparo Penal en Revisión 5164/ 46, Vallín Viuda de Machuca María Guadalupe, 3 de Septiembre de 1948, Unanimidad de 5 votos.

Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del folio número 62379.

Este criterio resuelve que los menores no deben de ser sujetos de posesión, sino que se refiere a una situación de hecho y por otro lado que esto debe resolverse en juzgados de Materia Familiar y no Penal, por lo que las resoluciones de estos últimos deben considerarse improcedentes sobre la privación o posesión de custodia de menores⁴⁶.

⁴⁶ Estos criterios fueron tomados del Índice 1, 1917-1957, M-250, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

6. DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA DE PARTICULARES.

Al abordar los conflictos que se dan entre los padres cuando ambos quieren para sí la Guarda y Custodia de sus hijos, se consideró necesario entrar al estudio de estas conductas (la desobediencia y la resistencia), dado que ambas aparecen en determinado momento, cuando uno de los padres se ve favorecido y el otro es condenado a la pérdida de la Guarda y Custodia.

Esta circunstancia es considerada injusta por el padre a quien no le ampara el ejercicio de ese derecho, por lo que es común que estime pertinente desobedecer y con ello desacatar la determinación del juzgador, llevándose consigo a su hijo.

El problema de la desobediencia a la Ley o a mandatos de la autoridad ha tenido consideración ya desde el derecho romano. De acuerdo con un texto de Paulo, el mandato del superior no podía ser discutido ni mucho menos rebatido por el subordinado, señalando sólo en determinadas ocasiones los casos de excusa.

Lo propio acontecía en el derecho germánico, en donde el mandato del Rey o del Duque debía ser cumplido en todas sus partes. Asimismo en la Legislación Española, proliamente en las Siete Partidas, se establece que el que *"face alguna cosa por mandato del juzgador, a quien a de obedecer, no semeja que lo face a mal entendimiento; porque a quel face el daño, que lo manda facer."*

Dentro de la Legislación Penal Mexicana, en la que la influencia española ha tenido particular importancia, el problema de la desobediencia y el desacato de particulares también ha sido considerado, aunque su regulación no ha sido igual.

Sin remontarnos a épocas anteriores, en que también, se puede afirmar la existencia de un derecho penal. Una regulación de la materia es admisible a partir de la dominación española, provocándose con esto un claro trasplante a suelo patrio de la legislación implantada por los conquistadores, entre las que se destacan las Siete Partidas.

A raíz de haberse producido la Independencia de nuestra Nación, empieza a surgir su propia legislación, aunque sin deslindarse en mucho de la influencia española. En 1831 aparece un bosquejo general de Código Penal, con el firme propósito de hacer a un lado los Fueros, Las Siete Partidas y las Recopilaciones, en las que ya se vislumbraban este tipo de comportamientos bajo el rubro de "Resistencia a la Ejecución de las Leyes, Actos de Justicia o Providencias de Autoridad Pública, Provocación a la Desobediencia o Impugnación de las Facultades Legítimas del Gobierno."

Con idéntico rubro, pero con una ubicación diferente, lo regulaban los Códigos Penales para el Estado de Veracruz de 1835, en los Artículos 272 a 274 y en el de 1869 en los Artículos 321 a 324. El primero de los mencionados lo ubica en el Título de los Delitos Contra de la Seguridad Exterior e Interior del Estado y Contra la Tranquilidad y Orden Público y el segundo de los mencionados, en el de los que Resistan o Impidan la Ejecución, Actos de Justicia o Providencias de la Autoridad Pública y Provoquen a Desobedecerías. Resalta, como es evidente, lo relativo a la Resistencia y Desobediencia de Particulares.

En el Código Penal de 1871 se encuentra a esta figura en el Título de los Contra el Orden Público, bajo los Artículos 904 y 905, en tanto que el Código Penal de 1929 hace lo propio en el de los Delitos Contra la Autoridad en el Artículo 484, misma que se mantiene en el Código Penal de 1931.

La regulación contenida en el Código Penal de 1931 contempla, como sucede en los anteriores, el problema de delimitación que existe entre la figura de la Desobediencia y la de Resistencia de Particulares, al designar, el Capítulo Primero del Título Sexto, con el rubro de "Desobediencia y Resistencia de Particulares". Este mismo problema se presenta en la legislación penal argentina, respecto de la cual el jurista *Sebastián Soler*, señala que:

"Una diferencia entre ambas figuras radica en el hecho de que, mientras la desobediencia es casi estrictamente personal y, por tanto, no admite la participación de otros, la resistencia si puede ser realizada por terceros, es decir, que en la resistencia los terceros pueden ayudar a resistirse y con ello llegar a ser coautores del delito."⁴⁷

Al abordar la anterior diferenciación entre desobediencia y resistencia que hace el autor en comento, queda claro que en la desobediencia debe existir un mandato directo e individualizado, dirigido a un particular para su debida observancia y cumplimiento; en tanto que, en la resistencia de particulares pueden o no llegar a intervenir otros particulares coadyuvando con el individuo que fue sujeto a un mandato, incumpliendo la orden de la autoridad.

⁴⁷ Soler, Sebastián, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, La Ley, 1946, T. V.

Alfredo Masi, por su parte, señala que la principal diferencia que la doctrina ha observado "es sin lugar a duda, la que ha impuesto el Código Penal Brasileño, citado por Peco":

"Si bien la resistencia y la desobediencia a la autoridad - dice el autor del proyecto -, están vinculados por el nexo de atañer a actos en curso de ejecución y de oponerse a la ejecución del acto realizado por el funcionario público, existe una diferencia fundamental en cuanto al medio empleado. La resistencia presupone la violencia o la intimidación, en tanto que la desobediencia es ajena a los expedientes coercitivos y, por tanto, es un delito de menor gravedad objetiva"⁴⁸.

En el presente escrito se estima que lo que propone el autor antes referido, es una figura autónoma, en el que se observa una pena más benigna para el delito de desobediencia que para el de resistencia.

Del análisis de los Artículos 178 a 183 que comprende el Capítulo Uno del Código Penal, se deriva que algunos de los criterios señalados pueden ser válidos para la legislación penal mexicana.

En efecto, los Artículos 178 y 180 hablan, respectivamente, de las figuras de Desobediencia y de Resistencia, señalándose una pena mucho más benigna para la primera, toda vez que la resistencia implica, como hemos estudiado, el empleo de la fuerza, amago, amenaza.

Se equipara igualmente a la resistencia y se sanciona con la misma pena, la coacción hecha a la autoridad pública por medio de la violencia fi-

⁴⁸ Masi, Alfredo, Desobediencia a la Autoridad, Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, Título VIII.

sica o moral, para obligarla a realizar un acto oficial sin los requisitos legales indispensables.

Puede ser válido el criterio que parte de la consideración de la participación de otros para la realización de ciertos hechos; pues en el caso de la Desobediencia, para ser autor de la misma se requiere de una determinada calidad en el sujeto activo, que consiste en estar obligado por la Ley a la realización o no de determinada conducta o respecto del cual haya un mandato legítimo de autoridad, cosa que no es indispensable para la resistencia. Es decir, para que pueda darse la desobediencia, tiene que existir, por parte del agente, un determinado deber de actuar, deber de realizar algo, consistente en el deber legal de prestar un servicio de Interés público o de hacer u omitir lo que el mandato legítimo de autoridad señala.

En efecto, conforme a la redacción del Artículo 178 del Código Penal, se derivan como hipótesis de conductas que dan origen a la desobediencia, las siguientes: rehusarse a prestar un servicio de interés público y desobedecer un mandato legítimo de la autoridad.

Para que ambas conductas sean punibles, es necesario que se realicen sin causa legítima y se requiere, además, que lo que se omite al rehusarse sea la prestación de un servicio de interés público o que el mandato que se desobedece sea legítimo. En faltando estos requisitos, no se configurará el tipo de Delito de Desobediencia.

Cabe señalar que para que se pueda cumplir un determinado mandato de la autoridad, éste no deberá nunca, por motivo alguno, rebasar los límites de sus funciones o atribuciones, pues sólo de esa manera se puede obligar a su debido cumplimiento.

Aquí se hace necesario tener presente lo que la Propia Constitución establece en su Artículo 5º, que a la letra dice:

"Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento..." ya que se estaría atentando contra la libertad del hombre.

Es, por tanto, necesario establecer ciertos parámetros para evitar abusos.

El mismo Artículo 178 del Código Penal, señala esos límites, al decir que el mandato debe ser "legítimo" para que pueda ser obedecido cabalmente. De no ser así, en todo caso, se podrá configurar el abuso de autoridad.

En cuanto al servicio de interés público, se habla de una obligatoriedad, pero sólo en determinados casos y bajo ciertas circunstancias; para ello se hace necesario que se observe lo que acertadamente establece el párrafo segundo del Artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual señala que sólo podrán ser obligatorios en los términos que establezcan las leyes.

Siguiendo con el desarrollo del presente trabajo de investigación y en torno a la Desobediencia concretamente, la conducta delictiva se configura única y exclusivamente si el que se rehusare a cumplir un determinado mandato, lo hiciere sin una verdadera causa legítima, es decir: la configuración de la conducta encaminada a rehusarse a la realización de un servicio de interés público, debe ser inmotivada y totalmente injustificada.

La prestación del referido Servicio Público implica, por lo general, la realización de una actividad; así que es común que este tipo de delito de

Desobediencia se configure por la "Omisión" de realizar lo que la Ley obliga y manda hacer.

Cuando la Ley habla de Desobediencia de un mandato legítimo de autoridad, si bien en un principio puede decirse que los mandatos ordenan la realización de una determinada conducta, no se excluye con esto la posibilidad de ordenar a alguien dejar de hacer algo, es decir olvidar, incumplir; por lo que se plantearía que, además, de configurarse el tipo por una mera omisión de lo mandado a hacer, podría darse la posibilidad de contravenirse el mandato con la actividad.

Por otra parte, al referirse la Ley a un mandato legítimo, debemos entender que éste deberá otorgarse forzosamente por una autoridad competente, respecto del hecho del que se deriva.

En relación al problema antes planteado, del tipo del delito de Desobediencia se desprende y se establece cierto requisito para ser el autor físico y material del mismo, tal es el estar obligado por la Ley, a través de una autoridad.

Esto en principio pareciera indicar que se trata de un comportamiento estrictamente personal, sin embargo ello no excluye que en un caso concreto, dos o más personas puedan encontrarse en la misma situación; es decir, estar obligadas por la Ley o por un mandato legítimo de autoridad a realizar algo específico y ambos ponerse de acuerdo para rehusarse a desobedecer, sin causa legítima, con lo que se observaría claramente la coautoría.

Habría la misma posibilidad de darse la participación en estricto derecho (instigación y complicidad), cuya aceptación dependerá del criterio de delimitación entre autoría y participación que se llegue a dar.

Por otro lado aún cuando el rubro se refiere a la Desobediencia de Particulares, ésta puede ser cometida por particulares propiamente dicho y también por funcionarios públicos, cuando se presenten los requisitos del Artículo 178 del Código Penal. Los actos de éstos últimos no se encuadrarán en los delitos propios de funcionarios, cuando éstos no realicen actos propios de y en el ejercicio de sus funciones, sino como cualquier particular, como son los señalados que se derivan del párrafo segundo de el Artículo 5º Constitucional.

7. PROPUESTA

7.1 FUNDAMENTACIÓN.

En el presente Capítulo se analizarán los Artículos del Código Civil y Código Penal que intervienen directamente y que son básicos para el debido planteamiento del problema estudiado, a fin de elaborar una exégesis de los Artículos 444 del Código Civil y 73 del Código de Procedimientos Civiles, 178 del Código Penal así como 183 también del Código Sustantivo Penal.

En base a lo anterior y tomando como referencia el análisis realizado en los capítulos anteriores de la naturaleza y significado de la Patria Potestad, Guarda y Custodia, Desobediencia y Desacato de Particulares, se hizo necesario adminicular estos temas con los Artículos antes señalados, para demostrar así plenamente que existe una clara laguna en la Ley, que hasta el momento no ha sido subsanada.

El Artículo 444 del Código Civil, establece las causales por las cuales puede llegar a perderse la Patria Potestad, mismas que establecen determinadas circunstancias, para lo cual nos permitimos transcribirlo.

" Artículo 444. 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”.

En su primera fracción, presupone la existencia de una conducta ilícita por parte de quien ejerce la Patria Potestad, así como de la existencia de más de un proceso, sea éste del orden familiar o penal, llevado en contra del sujeto activo y más aún, que los procesos sean por delitos calificados como graves.

La segunda fracción concede las más amplias facultades al Juez del orden Familiar para resolver cualquier tipo de conflictos que se susciten en relación a la Patria Potestad, especialmente en los casos de divorcio, pudiendo incluso llegar a designar a un Tutor. Acierta el legislador al determinar estas facultades, dado que es frecuente que se den diversas situaciones, que dependen de circunstancias no definidas exactamente.

Para la tercera fracción del Artículo en comento, se prevén las circunstancias que se deriven de las depravadas costumbres de los padres, poniendo en riesgo la salud física y mental así como la seguridad de los hijos, omitiendo cumplir con las obligaciones que se derivan de la Patria Potestad, aun cuando estas circunstancias no lleguen a ser denunciadas ante la Ley.

Por último, se estima que en la cuarta fracción, el tiempo que se deja expuesto y abandonado al menor, es por mucho excesivo, dado que señala

seis meses, tiempo suficiente para que al menor le puedan llegar a ocurrir un sinnúmero de atrocidades. Por ello es que se considera prudente y necesario disminuir el tiempo de exposición del menor.

Asimismo, también se consideró oportuno realizar un breve estudio de los Medios de Apremio que contempla el Artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles, para hacer cumplir cabalmente las determinaciones del Juzgador, previendo con ello el posible desacato a un mandato Judicial y las amplias facultades que en él se le otorgan a los Jueces para emplear cualesquiera de las medidas que considere más adecuada, mismo precepto que a continuación se transcribe.

"Artículo 73

Los jueces para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear cualquiera de los siguientes medios de apremio que juzguen eficaz:

I.- La multa hasta por las cantidades a que se refiere el artículo 61, la cual podrá duplicarse en caso de reincidencia;

II.- El auxilio de la fuerza pública y la fractura de cerraduras si fuere necesario;

III.- El cateo por orden escrita;

IV.- El arresto hasta por treinta y seis horas.

Si el caso exige mayor sanción, se dará parte a la autoridad competente".

En el artículo en comento se hace notar que es en un Juez en quien recae la facultad de determinar cuál de los medios de apremio es el más

idóneo para obligar a quien, en cierto caso, se resista a cumplimentar un mandato.

Es de esta suerte, que en el Código Penal también se contempla la conducta ilícita, derivada de la no observancia de un mandato judicial, en el Delito de Desobediencia y Resistencia de Particulares, el cual describe el tipo penal en los artículos 178 y 183, mismos que a continuación se transcriben.

"Artículo 178. Al que, sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la Ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad".

"Artículo 183. Cuando la ley autorice el empleo del apremio para hacer efectivas las determinaciones de la autoridad, sólo se consumará el delito de desobediencia cuando se hubieren agotado los medios de apremio".

Estos preceptos establecen claramente la conducta ilícita, mencionando lo siguiente: el que se rehuse o desobedezca un mandato legítimo de la autoridad, tendrá como consecuencia de derecho, una penalidad consistente en jornadas de trabajo en favor de la comunidad, que oscila de quince a doscientos días; por lo tanto, ésta no es privativa de la libertad, pues se paga con dinero la sustitución de las dichas jornadas.

El Código Penal establece un segundo elemento para el caso del delito de Desobediencia y Resistencia de Particulares y señala que el tipo pe-

nal se colma cuando se han agotado las medidas de apremio, por lo que los elementos del tipo penal en el presente estudio son los siguientes:

Primero.- Que se desobedezca el mandato judicial, esto es, una acción u omisión que contraría lo ordenado por el juez Familiar y,

Segundo.- Que esta desobediencia persista después de varios requerimientos para ser cumplida, por lo que previamente debe ser multado y arrestado el desobediente, para que así proceda lo señalado como segundo elemento del tipo y no es sino hasta haber agotado todas las medidas de apremio, que se da la conducta punible penal, prevista en los artículos en comento.

En éste orden de ideas, una vez que se hayan cumplido los elementos del tipo, al probable responsable se le consigna, sujetándolo a proceso penal; y a quien, después de haber concluido la etapa de desahogo de pruebas, si así procede se le dicta sentencia, declarándolo penalmente responsable. Empero, es de reiterarse y se reitera, ésta no es privativa de la libertad, sino de naturaleza pecuniaria.

7.2 JUSTIFICACIÓN

Después de haber hecho un análisis profundo de los conceptos de Patria Potestad, Guarda y Custodia, Desacato a un Mandato Judicial y de Resistencia de Particulares, en este trabajo se considera justificado reformar el Código Civil, en el apartado en que se regula a la Patria Potestad, para incluir una consecuencia Civil a aquella persona que no obedezca la orden del Juez Familiar.

Lo anterior provocó en el ánimo de la sustentante, después de hacer un razonamiento técnico, lógico y jurídico, el proponer un cambio substancial en los artículos 417 y 444 del Código Civil, los cuales hasta el momento se encuentran en el Libro Primero, Título Octavo, Capítulos Primero y Tercero de este ordenamiento sustantivo.

Es necesario transcribir textualmente los artículos antes referidos, para así proponer su modificación, los cuales a la letra se señalan:

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

Este precepto deberá reformarse, para quedar de la siguiente manera:

*"Artículo 417.- Cuando los padres del hijo nacido **dentro o fuera de matrimonio** y se separen, continuarán **ambos** ejerciendo la patria potestad **y el Juez de lo Familiar oyendo a los progenitores, al menor cuando así proceda por la edad y al Ministerio Público vigilando siempre los intereses del hijo, determinará, la guarda y custodia a favor de quien convenga, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, teniendo la obligación de respetar ambos progenitores la determinación**".*

En el precepto que se propone reformar se incluye al hijo nacido dentro del matrimonio, toda vez que existen muchas controversias de hijos de

matrimonio y la ley sólo contempla actualmente a los hijos nacidos fuera de matrimonio.

Además se incluye el tratamiento establecido en el artículo 380 del ordenamiento Civil, con la particularidad que deberá oírse a los progenitores, al menor cuando éste pueda expresar su opinión por razón de la edad y al Ministerio Público. Es trascendente, asimismo, la mención que se hace de que ambos deberán ejercer la Patria Potestad y quién de ellos quedará favorecido con la Guarda y Custodia que el Juez Familiar determinará.

Por último, se agrega la obligación de los padres de respetar la decisión que se haya tomado por la autoridad.

Artículo 444.- 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".

En atención a lo analizado, a este precepto deberá incluirse una fracción quinta, para quedar como sigue:

"V.- En el caso de que no se cumpla con la obligación señalada en el artículo 417 y sea condenado por el delito de desobediencia".

Se estima trascendente la inclusión de esta fracción V al artículo 444 del Código Civil, toda vez que en él se señalan las causales de la pérdida de la Patria Potestad y, como ya se mencionó en el transcurso de el presente estudio, la falta de fuerza legal para hacer cumplir las determinaciones del Juez Familiar.

En las controversias que se suscitan entre los progenitores por los hijos y que hasta la fecha provocan un sinnúmero de problemas sociales, de imposible solución por parte de la autoridad, es imperativo legislar al respecto, para darle el fundamento suficiente, cuya consecuencia material sea que se cumpla con la determinación del Juzgador y así exista una mayor seguridad jurídica.

Al determinarse la pérdida de la Patria Potestad por desobediencia al mandato judicial, el padre que la incumpla tendrá como consecuencia, que sus conductas se consideren delictivas y graves, toda vez que, después de perder la Patria Potestad el progenitor desobediente tendrá como resultado de su incumplimiento, una sanción más relevante y que puede ocasionar otras conductas delictivas, como sería el delito de secuestro, siéndole más fácil permitir que el menor sea devuelto al progenitor que demostró ser el más idóneo para que a él asista la Guarda y Custodia.

7.3 CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Es evidente que nuestra legislación positiva no precisa con certeza la regulación de la Patria Potestad, por lo que tampoco regula a la Custodia como una consecuencia lógica de la primera.

SEGUNDA.- Nuestro precepto legal en materia familiar confunde a la Patria Potestad con la Custodia y omite aceptar que son diferentes en naturaleza material y jurídica, aún cuando una se deriva de la otra.

TERCERA.- La Custodia de los menores, requiere de una especial atención, así como de una minuciosa reglamentación, para evitar con ello contradicciones acerca de quién la debe ejercer preferentemente y cómo se ejerce.

CUARTA.- Sobre el problema de la determinación de la custodia, se debe tomar en cuenta la opinión e inclinación que tenga por la persona designada para ello el propio menor, habida cuenta de que es la parte más importante y principal perjudicado en tales decisiones. Es posible que el menor no sea capaz de elegir, en atención a su corta edad, qué es lo más conveniente para su formación, pero es indiscutible que es perfectamente capaz de sentir y dolerse de las lesiones psicológicas que la actitud violenta, egoísta e irracional de sus progenitores le causen.

QUINTA.- La pérdida o suspensión de la Patria Potestad no debería estar sujeta al divorcio, puesto que los hijos nada tienen que ver con las discrepancias de los padres. Sin embargo se les priva de la convivencia cotidiana de uno de ellos, por lo que se debe modificar la fracción II del artículo 444 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

SEXTA.- Se propone modificar el artículo 417 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, toda vez que señala que cuando los padres del hijo nacido fuera del matrimonio que vivan juntos, se separen, continuarán ejerciendo la Patria Potestad, agregando que en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, se solicitará la intervención del Juez para que designe al progenitor que deberá hacerlo, tomando en cuenta los intereses del menor. Por lo anterior, es que se debería solamente convenir a cuál de ellos corresponde la custodia, cuidado y vigilancia del hijo, y conservar los derechos y obligaciones inherentes de la Patria Potestad, sin más límite que el de no perjudicar física o moralmente al menor.

SÉPTIMA.- Aún cuando el tema no forma parte sustancial de la presente investigación, se considera necesario reglamentar el derecho de visita, asegurando con ésto al progenitor que no tiene a su cargo la Guarda y Custodia, las condiciones adecuadas para vigilar la educación, formación y asistencia de los hijos, así como el contacto frecuente con ellos, en beneficio siempre del normal desarrollo psicológico de los menores.

OCTAVA.- También se ha considerado que la penalidad en el delito de Desobediencia y Resistencia de particulares, prevista en los artículos 178 y 183 del Código Penal, es insolvente para forzar al desobediente de la orden judicial de Guarda y Custodia, por lo tanto alienta la desobediencia y rebeldía del padre del menor al que no le asiste éste nombramiento y que prefiera la consecuencia jurídica en comento.

NOVENA.- El Desacato a una orden judicial, provoca una sanción de tipo administrativo, la cual va de una simple multa hasta el arresto por treinta y seis horas. Cualquier persona que ejerza la Patria Potestad estaría

dispuesta a cumplir dicha sanción por un hijo y si éste quedó bajo la Guarda y Custodia del otro padre, se genera la desobediencia.

DÉCIMA.- El padre o la madre, en controversia por un hijo, están dispuestos a llegar a las últimas consecuencias por retenerlo, más aún si presentan ambos resistencia a que el otro progenitor lo tenga y si la consecuencia de derecho es mínima.

DÉCIMA PRIMERA.- Cuando un Juez de lo Familiar determina en una controversia del orden familiar, que el menor quede bajo la Guarda y Custodia de uno de los litigantes, debe valorar lo que más conviene a los intereses del menor, sin tomar en cuenta los intereses personales de los padres de éste. Es el caso de que, en ocasiones la decisión es considerada por uno de ellos injusta y arbitraria, sin tomar en cuenta lo que más le convenga al niño.

DÉCIMA SEGUNDA.- Este tipo de controversias que se genera entre los padres por el hijo, presentan una problemática que la sustentante considera no ha sido debidamente reglamentada y es por ello que el presente trabajo de investigación propone reformas a la Ley Civil, que les den una solución más adecuada y acorde a nuestros días.

Bibliografía Consultada.

1. Castán Vázquez, José Ma., La Patria Potestad, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1960.
2. Código Civil Alemán, Edición Oficial, Alemania 1990.
3. Código Civil de 1870,
4. Código Civil para el Distrito Federal , Edición Original, Editorial Porrúa S.A., México 1928.
5. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Editorial SISTA.
6. Código Civil Español, Edición Oficial. Madrid, España. 1990
7. Código Civil Portugués, Edición Oficial, Portugal 1990.
8. Código Civil Suizo, Edición Oficial, Suiza 1990.
9. Código Civil de la República Oriental de Uruguay, Edición Oficial, Portugal 1990.
10. Código de las Siete Partidas, Tomo II, Madrid España. 1848
11. Floriz Margadant S., Guillermo, El Derecho Privado Romano, 18ª Edición México: Editorial Esfinge; 1992.
12. Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Editorial Porrúa, 10ª Edición, México 1990,
13. Gúltron Fuentevilla, Julián, Derecho Familiar, Edición Universidad Autónoma de Chiapas, 2ª. Edición, México 1988,
14. Ibarrola, Antonio de, Derecho de Familia, 2ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1981,
15. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, , Editorial porrúa, México 1985,

16. Ley Quinta de Toro y Cuarta Título XVIII, Libro 10 de la Novísima Recopilación
17. Magallón Ibarra, José Ma., Instituciones de Derecho Civil, Editorial Porrúa, 1ª Edición, México 1988.
18. Masi, Alfredo, Desobediencia a la Autoridad, Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, Título VIII.
19. Mazeaud, Henri León y Mazeaud, Jean, Lecciones de Derecho Civil Traducción de Alcalá, Zamora y Castillo, Luis, Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires 1969. Primera Parte, Volumen IV.
20. Montero Duhal, Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, 5ª Edición, México 1992,
21. Muñoz, Luis, Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Parte General, Derecho de Familia, Ediciones Modelo, México 1971,
22. Pallares Eduardo, Ley Sobre Relaciones Familiares, comentada y concordada con el Código Civil Vigente y Leyes Extranjeras, Editorial Porrúa, México 1917.
23. Peña Bernaldo De Quiros Manuel, Derecho de Familia, Madrid: Editorial Universidad de Madrid; 1989, .
24. Petit, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, 9ª Ed.; México: Editorial Época; 1977.
25. Planiol, Marcel y Ripert, Jorge, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo IV, Editorial José M. Cajica Jr.
26. Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo I. Octava Edición. Ed. Porrúa. México, 1973.
27. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época.
28. Soler, Sebastián, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, La Ley, 1946. Tomo V.
29. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Índice 1, 1917-1957, M-250, Semanario Judicial de la Federación.

30. Vaillant George C.. La Civilización Azteca, Fondo de Cultura Económica, Versión española de Samuel Vasconcelos.