

605
Zuj



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

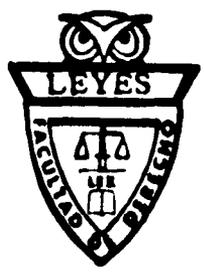
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

MODIFICACION A LOS ARTICULOS 416 Y 417 DEL
CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CON
RELACION A LA REFORMA DE LOS ARTICULOS 380
Y 381 PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA
FEDERACION EL 24 DE MARZO DE 1971.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
PATRICIA SANTOS MORA

DIRECTOR DE TESIS: DR. JULIAN GUITRON FUENTEVILLA



CIUDAD UNIVERSITARIA,

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Y el legislador debe cuidar rectamente, dando honra o castigo, de sus reciprocas uniones matrimoniales, y tras de ellas, de los nacimientos y crianzas de los hijos, ya sean varones o hembras, tanto en su juventud, como despues cuando van siendo mayores, hasta la vejez; debe en todas sus relaciones observar y vigilar sus dolores y sus placeres, las pasiones y afanes de amor de todos ellos, y reprenderlos y alabarlos rectamente por medio de las mismas leyes.

PLATON.

DEDICATORIAS

A la Universidad Nacional Autónoma de México y a su Honorable Facultad de Derecho, a quienes agradezco mi formación intelectual y profesional.

A mi profesor Dr. Julián Guitrón Fuentevilla, catedrático ejemplar, a quien debo la dirección de la presente tesis y parte de mi formación profesional.

gracias.

*A mi padre, Señor Pedro Santos, por
brindarme su apoyo, confianza y cariño;
por comprender y compartir mis alegrías
y tristezas.*

*Sus sabios y profundos consejos han
guiado mi camino.*

*A mi madre, Señora Catalina Mora,
por permitirme crecer al calor de sus
cuidados y por alimentar en mí, valores
y virtudes.*

A mis queridos hermanos: Maria del Rocio, Luis Jesús y Oscar;

A mis grandes amores Luis Alberto, Aarón y Geovanni.

A Angelica, por los momentos compartidos durante la investigación de este trabajo y sueños realizados

A todos y cada uno de mis amigos, especialmente a Josefina, Rosalba, Violet, Eduardo e Ismael. Por la grandeza de la amistad.

PROLOGO

La familia, es la célula fundamental de toda sociedad, de ahí, que el hombre como miembro de la misma, deba procurar su conservación.

Los vicios surgidos en el seno de la misma, han propiciado su desintegración, por lo tanto, el derecho, debe regular su protección y defensa.

A los progenitores les corresponde crear la atmósfera familiar, en la cual, crecerán los hijos menores, que se encuentran bajo su potestad y de ello dependerá su formación y desarrollo integral.

Así, el menor requiere de amor, cariño, protección, cuidados, educación y orientación, que le ayudarán a crecer sanamente y convertirse en un miembro productivo para la sociedad.

La Codificación Civil en el Distrito Federal, ha reconocido a los progenitores un conjunto de deberes, obligaciones y derechos, para que cumplan con esa función.

Los niños en las calles y la delincuencia juvenil, son la manifestación clara del incumplimiento del deber de la patria potestad, lo cual, significa, la urgencia de una regulación adecuada, amplia y completa de la misma.

El abuso por parte de los padres en relación a sus hijos, es una problemática actual, que ocasiona lesiones graves al menor, -físicas y morales;- de ahí, que la

normatividad respectiva previene, que las correcciones como lo son los castigos, deban ser con mesura y sin arbitrariedades.

La realidad social de México, exige el ejercicio adecuado de la patria potestad; la existencia de matrimonios, que verdaderamente, de forma conjunta la ejerzan, atendiendo, ambos cónyuges, a la formación de los hijos.

La patria potestad, tiene su origen, en la relación de padres e hijos, en consecuencia, sólo los padres y en su defecto los abuelos, pueden ejercerla. En virtud, de lo anterior, la legislación, no debe permitir a los progenitores, decidir a su arbitrio, no ejercerla. Convenir al respecto, causaría un daño grave al hijo, a quien, le faltará un guía e instructor, que requiere para su desarrollo.

Si bien es cierto, que contará con el apoyo de uno de los progenitores, no tendrá el necesario, que implica el ejercicio conjunto.

INTRODUCCION

La patria potestad, es una figura jurídica, de las más importantes, regulada por el derecho familiar. La misma deriva de la relación paterno-filial, que existe entre padres e hijos.

Durante el desarrollo del presente trabajo, se resalta la importancia del ejercicio de ésta, por su naturaleza jurídica y características esenciales.

La custodia, es un deber-derecho derivado de la patria potestad, por lo tanto no pueden confundirse.

En el capítulo primero, se hace referencia a los antecedentes remotos de la patria potestad y custodia. En Roma la patria potestad, era atribuida al jefe de familia, como un poder absoluto, ilimitado y perpetuo, ejercido sobre la persona y bienes del hijo. Se le equiparaba con una cosa.

Reconocer, que la patria potestad, debía ser en beneficio del hijo y no del padre, permitió, que el derecho germánico, le concediera un carácter tuitivo y temporal.

España acogió en su legislación, la influencia germánica y Francia la romana.

La necesidad de un adecuado ejercicio, en favor del interés y beneficio del hijo, influyó para determinar, la verdadera esencia de la patria potestad en derecho.

Los problemas surgidos en el núcleo familiar, provocan en muchas ocasiones, la desintegración del mismo, lo que implica la separación de los progenitores, en consecuencia, sólo uno de ellos, deberá atender en forma directa al cuidado y vigilancia del menor no emancipado. Es importante no confundir patria potestad con custodia; es frecuente señalar ante tal hipótesis, que uno de los progenitores perderá la patria potestad, cuando en realidad se desprende sólo uno de los deberes-derechos derivados de ésta, -la custodia-.

Así el capítulo segundo, se ha dedicado a determinar la naturaleza jurídica de cada una de ellas, para especificar las diferencias entre ambas.

El análisis de los antecedentes jurídicos, en el derecho positivo mexicano tanto de la patria potestad cuanto de la custodia, nos ayudarán a determinar los errores en los cuales se ha incurrido y de esta forma, evitarlos logrando una mejor regulación de éstas; para tales efectos, elaboramos el capítulo tercero.

El capítulo cuarto de nuestro trabajo, expone las razones, por las cuales consideramos, la inaplicabilidad del artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal, por ser incongruente y no responder a la interpretación jurídica conjunta, que exige su relación directa con los preceptos 380 y 381, reformados el 24 de marzo de 1971 y la existencia previa del 420.

Así, como el error imperdonable, en que incurrió, el legislador de 1928, en la redacción del artículo 417, del Código Civil para el Distrito Federal, al no reconocer la naturaleza jurídica de la patria potestad y confundirla con custodia; además el mismo, va en contra de lo dispuesto, en los artículos 6 y 448 respectivamente del Código Civil.

De ahí, la preocupación por reformar el 416 y 417, siguiendo, como bases, el estudio realizado en el presente trabajo, así como la regulación de la patria potestad y custodia en el Código Familiar para el Estado de Hidalgo de 1983.

CAPITULO PRIMERO

I. PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA. ORIGEN Y EVOLUCION.

A. ANTECEDENTES HISTORICOS.

La patria potestad a través de los siglos ha evolucionado, de tal manera, que se aprecian, grandes y variados cambios. Su evolución, es a la par, de cierto modo, al de la familia.

Julián Guitrón Fuentevilla, en su obra titulada "Derecho Familiar", desarrolla el origen de la familia señalando, que fueron tres los estados que marcaron su evolución: El salvajismo, la barbarie y la civilización.

El salvajismo. Tiene a su vez, tres periodos:

-Período Inferior. Se refiere a la infancia del género humano donde se logró la formación del lenguaje estimulado.

-Período Medio. En donde, el hombre uso instrumentos paleolíticos; utilizó el fuego y pudo alimentarse con pescado.

-Período Superior. Esta etapa, se caracteriza, por el uso del arco, la cuerda y la flecha, lo que permitió, a la cacería ser una ocupación más; para entonces, existían aldeas fijas.

La Barbarie. Al igual, que el estado anterior, tiene tres periodos:

-El inferior. Se introduce la alfarería, se domestican animales y se cultivan plantas.

-El medio. La domesticación de animales se desarrolla, por lo que, se forman rebaños. Los metales empiezan a ser labrados.

-El superior. Un gran desarrollo, fue la creación del arado de hierro, logrado mediante la fundición de dicho mineral, haciendo posible la agricultura.

La Civilización. Aparece la escritura alfabética y su empleo literario; los sistemas agrícolas se perfeccionan. ¹

El matrimonio fue la fuente principal de la organización social llamada familia. En los orígenes, la misma era promiscua.

"La promiscuidad de la familia la podemos sintetizar diciendo, los hombres vivieron en época primitiva bajo una promiscuidad sexual absoluta. Como consecuencia de la misma, la paternidad es incierta, de ahí, que fuera la primera forma de organización familiar, ya que sólo podía saberse certeramente quien era la madre.

Como fase final de la promiscuidad encontramos la monogamia, la cual resulta del dominio absoluto y exclusivo del hombre, en este estado, continuaba en relaciones poligámicas". ²

La evolución no termina ahí, pues se dan formas de familia, en donde el parentesco no es por los vínculos de familia, el citado autor las llamo "**Formas de Familia Nueva**".

La primera de ellas, fue la **Consanguínea**. En donde, sólo las relaciones sexuales eran prohibidas entre padre e hijo; pero no así, entre hermanos, pues, habla un deber sexual entre ellos y seguramente existió en el parentesco hawaiano. ³

La segunda derivada de la anterior la llamo **Punalúa**.

¹ - Guitrón Fuentevilla, Julián. Derecho Familiar. Editorial UNACH: Tuxtla Gutiérrez Chiapas 1988. pp. 39 y siguientes

² - Guitrón Fuentevilla, Julián. Ob. Cit. p. 43

³ - Loc. Cit

"Esta fue el resultado de prohibir las relaciones sexuales entre hermanos y hermanas descendientes de la misma madre, llegando a prohibir el matrimonio entre hermanos más alejados, de tal manera que se empezaron a crear numerosos núcleos familiares. Su organización se determinaba por el número de hermanas, las cuales formaban un conjunto de mujeres comunes, incluyendo a sus hermanos y viceversa".⁴

Una tercera fue la **Sindiásmica**. En sus inicios se manifestó la monogamia, en donde la mujer, buscaba a un hombre en forma exclusiva sexualmente, pero sólo por algún tiempo. Posteriormente las relaciones sexuales entre hermanos no se permitieron y tampoco entre parientes cercanos o lejanos.

Así, la mujer permaneció al lado de un hombre, en forma exclusiva, mientras el padre se encargaba del hogar, logrando que se constituyera un sistema *patriarcal*. A pesar de lo anterior, existió la *poligamia* y la *poliandria*, siendo la filiación en línea materna.

La última fue la familia **Monogámica**. Se caracterizó por las uniones duraderas lo que motivó, que la mujer pudiera ser repudiada en caso de infidelidad.⁵

Posteriormente la familia adquirió, gran relevancia en los grupos denominados **Gens**.

"Federico Engels trata de explicar el funcionamiento de una gens o grupo consanguíneo primitivo, tomando como género la de los *IROQUESES* y en forma específica la tribu *SENEKAS*. En este grupo se incluía únicamente a los miembros derivados de la filiación femenina, es decir, los hijos nacidos de un matrimonio se incluían en el grupo, con la diferencia de que los hermanos no podían contraer nupcias con sus hermanas, sino debían realizarlo con mujeres extrañas, con mujeres de otra gens y los hijos procreados con esas mujeres quedaban fuera de la gens del marido, de acuerdo a la filiación materna. Esto se puede apreciar en la familia Punalúa, en la

⁴.- Ibid. p. 44

⁵.- Ibid. pp. 45 y 46

cual imperaba el derecho materno; siendo su esencia reconocer como familiares o miembros de un grupo familiar, a todos los descendientes de una misma madre".⁶

Después de conocer el origen y evolución de la familia es importante destacar que la misma en Roma estaba considerada como una gens.

1).- DERECHO ROMANO.

La patria Potestad también ha tenido un progreso, que se ha manifestado a través de los siglos. Una gran influencia cristiana provocó, se haya suavizado e humanizado.

En el derecho romano, la autoridad paterna tenía características propias, ejercidas sólo por el *pater familias*, quien era el centro de la *domus* romana, considerada como una monarquía doméstica, una pequeña entidad política.

Un *pater familias*, necesariamente debía ser un ciudadano romano, con la calidad de persona *sui iuris*, el cual gozaba del ejercicio de una potestad, que variaba de acuerdo al miembro de la familia al que se sometía y que estaba unido a él por el parentesco *agnaticio*.

Esta potestad podía ser: 1.- la *manus maritalis* o *potestas maritalis*- que se ejercía sobre la mujer., 2.- *patria potestas*- sobre los hijos; 3.- *dominica potestas*- sobre los esclavos; 4.- *mancipium*- sobre los hijos entregados en venta a otro *pater familias*.⁷

El punto a desarrollar en el presente trabajo, es el relativo a la *patria potestas*, en consecuencia se define como:

"La autoridad que el *pater familias* ejerce sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, sobre los descendientes legítimos de los varones, sobre los extraños arrogados o adoptados y sobre los hijos naturales legitimados".⁸

⁶- Ibid. pp. 47 y 48

⁷- Iglesias Juan. Derecho Romano. Historia e Institución. Señal Editorial. Madrid 1989. pp. 468 y 469

⁸- J. Arias Ramón y J. A. Arias Bonet. Obligaciones. Familia. Sucesiones. Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado. México 1991. p. 740.

Dicha autoridad, en el derecho romano nunca fue ejercida por una mujer, aún cuando fuera *sui juris*.

a).- CARACTERES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.

La autoridad del padre, se presentaba en todos los ámbitos de la familia, aún en el político y el religioso, de ahí, que **Bonfante** señale "el poder del *pater familias* sobre los *filifamilias* tiene la misma naturaleza que la soberanía en los cuerpos políticos. La familia romana, como todo organismo político de la edad antigua, tenía sus sacras, es decir, su culto especial y el *pater familias* era su sacerdote".⁹

En su origen los caracteres de la patria potestad, fueron precisos, toda vez, que era absoluto, ilimitado y perpetuo, pues se prolongaba durante toda la vida del padre.
10

De acuerdo, a estas características, se ejercían dos tipos de derechos: el que se ejerce sobre la persona y el que se ejerce sobre los bienes de los hijos.

b).- DERECHOS SOBRE LA PERSONA DEL HIJO.

- **Poder de vida o muerte.** Los tratadistas señalan, que fue ejercido en los inicios de Roma y evolucionó atenuándose.

Durante la República, para poder ejercer ese derecho, se consultaba a familiares cercanos y en su caso a los senadores; fue una época, en la cual, se manifestaron ciertas limitantes, "por esta razón Adriano castigó con la expatriación a un padre que tendiéndole un cepo, mató a su hijo, culpable de adulterio como su suegra. Hacia el fin del siglo II de nuestra era, los poderes de jefe de familia se redujeron a un sencillo derecho de corrección. En efecto, aunque podía castigar las faltas graves tratándose de hechos de tal naturaleza que arrastrasen a la pena de muerte, no podía hacerlo por

⁹.- Bonfante, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Instituto Editorial Reus, 1979. p. 140.

¹⁰.- Peña Bernaldo de Quiros, Manuel. Derecho de Familia. Editorial Universidad de Madrid. España 1989. p. 508.

sí solo, tenía que hacer la acusación delante del magistrado, por ser el único con derecho a pronunciar la sentencia. En fin, Constantino decidió que en todos los casos todo el que hubiese mandado a matar a su hijo sería castigado como parricida (L. 1, C., de his. qui parric., IX, 17)".¹¹

-El derecho de ceder al hijo a un tercero bajo la figura denominada *mancipium*. La practica, de este derecho, constituía propiamente una venta del hijo o la entrega de una garantía; en donde, el comprador se comprometía a liberarlo. Esta forma de cesión equiparaba al hijo a una cosa, por lo que, la misma, fue poco aceptada.

"Las XII tablas señalaban que después de que el hijo fuera emancipado por tres veces adquiría su libertad, y posteriormente sólo fue admitida en caso de necesidad extrema como lo ordenaron el emperador Caracalla y después Constantino prohibiéndose totalmente en la época de Diocleciano".¹²

-Derecho de exonerarse mediante el abandono. El padre tenía el derecho de abandonar al hijo, en ciertas circunstancias, pero, fue una practica no muy aceptada, por lo que, durante el Imperio de Constantino, se decía, que quien lo recogiera podía ejercer sobre él, su autoridad y Justiniano indicó que adquiriría la calidad de persona *sui juris*, convirtiéndose así, en una cabeza libre.

Era común que se entregara en *nox* cuando el hijo cometiere un delito.¹³

c).- DERECHOS SOBRE LOS BIENES DEL HIJO.

En el orden patrimonial, el hijo no era dueño de propiedades, todo pertenecía al *pater familias*, quien era el titular del patrimonio de la *domus*. Esta disposición era muy

¹¹ - Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano Editorial Nacional. México 1976. p. 102.

¹² - Petit. Eugene. Ob. Cit. p. 102

¹³ - Ventura Silva Sabino. Derecho Romano. Curso de Derecho Privado Editorial Porrúa. México 1992. p. 92

estricta, sin embargo, durante el Imperio de Roma, cambio permitiendo, se crearán masas de bienes sobre los cuales, el hijo podía ejercer derechos.

Manuel Peña Bernaldo de Quiros, en su obra señala, que para la época de Justiniano varias eran las clases de *peculios*, que podían otorgarse al hijo:

-Profecticio: consistente, en una masa de bienes, en donde el hijo sólo tenía las facultades de administrador.

-Adventicio: lo constituían, aquellos bienes, que no son propiedad del padre, por ser de la madre o bien de un tercero, en donde la administración y el usufructo pertenecía al padre.

-Castrense: se daba cuando el hijo prestaba sus servicios a la milicia, por lo tanto, adquiría ciertos bienes en propiedad.

-Cuasicastrense: sobre estos bienes, el hijo también podía gozar de la propiedad, pues eran obtenidos por el desempeño de algún cargo o profesión. ¹⁴

La doctrina de los *peculios* permitió una mayor dignificación del hijo, ante la autoridad, que gozaba el *pater familias*; permitiendo reforzar la teoría, que señala la relevancia del interés del hijo sobre el interés del padre. El cristianismo influyó en la transformación de la *patria potestas*, para dejar de ser un poder absoluto e ilimitado y adquirir una función diferente.

d).- FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD ROMANA.

Tres fueron las fuentes por las que un miembro de la familia o *domus* quedaba sometido a la *patria potestas*: Las justas nupcias, la legitimación y la adopción.

¹⁴.- Peña Bernaldo de Quiros, Manuel. Ob. Cit. p. 509.

-**Las justas nupcias.** Era el término empleado para referirse a la unión legítima de un hombre con una mujer, que buscaba fines específicos.

José Ignacio Morales, establece " *Matrimonium est maris et femine coniunctio et consortium omnis vitae divine et humani juris communicatio.*, o sea, matrimonio es la unión del hombre y la mujer, una asociación de toda la vida, que implica la comunidad de interés en lo humano en lo divino, es decir intereses económicos y religiosos.

Desde el punto de vista etimológico el término matrimonio proviene de *matris* (madre) y *monos*, *monere* (oficio, ocupación o protección., o bien, de *mater* (madre) y *monus* (uno), o sea, una sola madre".¹⁵

Se dice, que uno de los fines específicos de esa unión, es cohabitar y en consecuencia el de procrear hijos, pues el evitar la desaparición de una gens era importantísimo, por los efectos políticos y religiosos predominantes en la Roma antigua.

Así, los hijos nacidos de las *justas nupcias* por vía de varón caen bajo la *patria potestas* del padre o del abuelo si el que lo procreó es *alieni juris*.

En consecuencia, los mismos forman parte de la familia civil del padre, a título de *agnados*, tomando su nombre y condición social. En cambio entre los hijos y la madre sólo existe un lazo de parentesco natural, de *cognación*, en primer grado.

"Sólo la *manus* podía modificar esta relación, siendo entonces los hijos agnados de su madre en el segundo grado, *in manu*, y entonces es para ellos *Toco Socoris*".¹⁶

Un hijo nacido de una unión no legítima llamada concubinato, era considerado hijo natural y por ello, no entraba bajo la *potestas* del padre, lo que permitía convertirse en una persona *sui juris*, sin producir efecto civil alguno en relación, a la que por naturaleza le correspondía.

-**La legitimación.** Un hijo calificado como natural, mediante esta figura estaba, en posibilidades, de entrar bajo la *patria potestas* que ejercía el *pater familias*; cabe

¹⁵ - Morales, José Ignacio. Derecho Romano. Editorial Trillas. México 1989. p. 171.

¹⁶ - Petit, Eugene. Ob. Cit. p. 108.

señalar, que a un hijo adulterino o incestuoso no le era posible obtener dicho beneficio, pues, sólo se concedía, cuando no había causa que impidiera la unión legítima de los procreadores, en el momento del nacimiento del hijo.

Tres fueron las formas, por las cuales, se podía celebrar la *legitimación en la época de Justiniano*: el matrimonio subsiguiente del padre y la madre, la oblación a la curia y el rescripto del príncipe.

-El matrimonio subsiguiente del padre y madre. Sólo era posible, cuando la pareja vivía en concubinato y no tenía impedimento para contraer matrimonio legítimo; así, lo importante, era otorgar su consentimiento, para que, esa unión se convirtiera en legítima. El hijo natural, por lo anterior, perdía su calidad de *sui juris* y pasaba a ser un *alieni juris*, perdiendo su patrimonio a favor del pater familias. El consentimiento del hijo, en este caso era indispensable, por las consecuencias que ocasionaba la legitimación en relación con sus bienes. Si se trataba de un menor bastaba, con la no contradicción de la celebración.¹⁷

-La oblación a la curia. "Fue creada por Teodosio II y Valentiniano III en el año 412 de nuestra era. Permitía al padre que tuviese un hijo natural legitimarle ofreciéndole en la curia de su villa natal si era hijo, y siendo hija, casándola con un *decurión* (L. 3 C; de nat. liber, V 27.- cf. Nov. 89, c2).

Las curias formaban en las villas municipales una especie de nobleza análoga a los senadores de Roma. Durante el Bajo Imperio, los miembros de las *curias*, o *decuriones*, estaban encargados de la recaudación de los impuestos, respondiendo con sus bienes; y por eso los emperadores buscaban por todos los medios favorecer el reclutamiento. De esta manera, ofrecían al padre la autoridad paterna sobre el hijo natural que ingresaba en la curia, exigiendo, además, que el hijo tuviese una fortuna mobiliaria de veinticinco fanegas, y una dote igual la hija.

Este procedimiento de *legitimación* sólo tiene efectos restringidos.

¹⁷.- Morales, Jose Ignacio. Ob. Cit. p. 179.

El hijo cae bajo la autoridad paterna, haciéndose el *agnado* de su padre, aunque no entra en la familia civil, ni tampoco es el *agnado* de los *agnados* del padre (Cf. L. 9 pr; C; de nat. liber; V, 27)".¹⁸

-El *rescripto* del príncipe. Solo procedía, cuando el *pater familias* no tenía hijos legítimos y no le era posible otorgar su consentimiento, para lograr la legitimación, por existir, algún impedimento; sin embargo, era posible, mediante una decisión testamentaria legitimar al hijo, que adquiriría la calidad de heredero.¹⁹

La Adopción. En la sociedad romana, la familia jugaba un papel político relevante para el Estado, así, como para la religión, pues representaba un culto y su desaparición constituía una deshonra. El *pater familias* ante la próxima desaparición de ésta, buscaba los medios para evitarlo.

La figura que el derecho romano reconoció, para estos casos fue la adopción, por la cual, se podía allegar, generalmente, a la familia un varón, para lograr así la descendencia. El hijo adoptado caía, por lo tanto, bajo la *patria potestas* del padre y adquiriría el parentesco *agnaticio* en relación a los demás miembros de la familia.²⁰

La adopción tuvo dos formas de manifestación. Una era la *adrogatio*, cuando se trataba de un *sui juris* y la *adoptio* propiamente dicha. Cada una revestía ciertas formalidades.

La *adrogatio*. "Implica la absorción de una familia por otra. El *adrogatus*, sujeto *sui juris*, sufre una *capitis deminutio*, que le convierte en *aliene juris*. El arrogado así como los individuos sometidos a su potestad, entran bajo el poder paterno del 2. Al principio, la adrogación ha de cumplirse según determinadas formas y garantías,

¹⁸.- Petit Eugene. Ob. cit. p. 118 y 119.

¹⁹.- Ibid. p. 119

²⁰.- Ibid. p. 113

teniendo en cuenta que acarrea una grave alteración del régimen familiar. Verificase el acto *populi auctoritate*, es decir, ante los comicios curiados, presididos por el Pontífice, que interroga *-rogatio-* al arrogante, para que diga si quiere que el arrogado se haga *filiusfamilias* suyo; al arrogado, para que declare si se muestra conforme con esto, y al pueblo, para que declare su aprobación. Decaía la asamblea *curiada*, hacia fines de la República, el *populus* es representado por los treinta lictores, dirigiéndose entonces las interrogaciones al arrogante y al arrogado.

La *adrogatio per populum* sólo tiene lugar en Roma, sede de los *comicios curiados*.

Las mujeres no pueden ser arrogadas, ya que ni la misma muerte de su *pater* los libra de seguir en la condición de *filiaefamilias*, y cuando la antigua potestad sobre ellos ejercida cedió paso a la tutela, su situación que semeja a la de los impúberos. Tampoco pueden ser arrogados los impúberos, porque el tutor no tiene autoridad bastante para convertir al pupilo en *homo alieni juris*.

En virtud de una *epístola* de Antonio Pío dirigida a los pontífices -presidentes, por el momento, de los *comicios curiados-*, se permitió, bajo determinadas condiciones, y siempre que mediase una causa legítima, la arrogación de los *impúberos*".²¹

La *adoptio* también revestía sus propias características y formalidades, la cual, era definida "como el acto por el cual un extraño quedaba agregado a una familia romana sometiéndose a la *patria potestad* del *pater* como hijo o como nieto. Mediante ella se introducía a la familia civil a personas que no tenían, por lo regular, ningún lazo de parentesco natural con el jefe. Se efectúa sin la intervención del pueblo ni de los pontífices, porque el adoptado es un *aliene juris*. Es además, menos antigua que la *adrogatio*.

La adopción se realizó por un procedimiento desviado, pero deducido de la Ley Decenviral.

²¹.- Iglesias, Juan. Ob. Cit. pp. 473 y 474

Las formalidades de la *adoptio* en sentido restringido, se desenvolvían en dos fases: 1ª, el *alieni juris* era liberado de la autoridad del padre natural; 2ª, la transmisión de la *patria potestas* al padre adoptivo mediante la *iniure cessio*. Para cumplir la primera fase, se aplicaba aquella disposición de la Ley de las XII Tablas que decretaba la pérdida de la *patria potestas* si el padre mancipaba por tres veces a su hijo, v. gr.: una primera emancipación al adoptante seguida de la respectiva *manumisión* de éste, por haberse comprometido así por un pacto de *fiducia*. Una segunda *mancipación* era seguida de otra *manumisión*. A la tercera *manumisión* se rompía la autoridad del padre natural y el hijo quedaba *in mancipio* en poder del adoptante. Para cumplir con la segunda fase, y una vez que se había celebrado la tercera venta el adoptante revendía al hijo al padre natural y después se presentaba ante el pretor en donde tenía lugar la ficción del proceso. El adoptante reclamaba al hijo como suyo, el *pater familias*, que en el caso era el reo, nada decía. El pretor aceptaba la acción del adoptante, consumándose así la *adoptio*.

Bajo Justiniano se simplifican estas formas de adopción; se consuma por una sencilla declaración de las partes delante del magistrado".²²

Siguiendo este orden de ideas el adoptado pierde su parentesco *agnaticio* que tenía en relación a su familia natural y sólo conserva su carácter de *cognado*, adoptando también el nombre del nuevo *pater familias*.

Durante el Imperio dos manifestaciones tuvo la adopción.

"La adopción hecha por un ascendiente o *adoptio plena*, v. gr.: un hijo emancipado daba a su abuelo en *adoptio*, a un hijo que había tenido después de su emancipación. El adoptado pasa de una familia a otra.

La adopción hecha por un extraño o *adoptio minus plena*.

²².- Ventura Silva, Sabino. Ob. Cit. pp. 86 y 87.

La *adoptio* era *minus plena*, porque no hacía adquirir al adoptante la *patria potestad* sobre el adoptado, que permanecía en su familia original. El adoptado solamente adquiriría derechos sucesorios en su familia adoptiva.

Además, como esta adopción no confería la *patria potestad*, se permitió que las mujeres pudieran adoptar, para el consuelo de la pérdida de sus hijos".²³

e).- CAUSAS DE TERMINACION DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.

En efecto, en el derecho romano, pocas fueron las causas que la podían extinguir:

Guillermo Florie Margadant S., las enumero de la siguiente manera:

"a) Por la muerte del padre (o por *capitis deminutiu maxima o media*).

b) Por la muerte del hijo (o por su *capitis deminutio maxima o media*).

c) Por la adopción del hijo por otro *paterfamilias* o la *adrogatio* del *paterfamilias*.

d) Por casarse una hija *cum manu*.

e) Por el nombramiento del hijo para ciertas altas unciones religiosas, o, en el derecho Justiniano, también burocráticas.

f) Por emancipación figura que evolucionó desde ser un castigo (expulsión de la *domus*) hasta convertirse en una ventaja concedida al hijo a solicitud suya.

g) Por disposición judicial, como castigo del padre o, automáticamente, por haber expuesto, al hijo, cosa frecuente en tiempos del Bajo Imperio caracterizado por su pobreza general.

Por la extinción de la *patria potestad*, el hijo se convertía en *paterfamilias*.- aún sin ser necesariamente padre, como hemos visto-, salvo en caso de adopción, adrogación del *paterfamilias* o muerte del hijo.

²³.- Ibid. p. 87

La hija -fuera de los casos de adopción, adrogación del *paterfamilias*, muerte o matrimonio *cum manu* se convertía en una persona *sui juris*, sin llegar a ser jefe de una *domus*; normalmente, entraba bajo la tutela de algún pariente".²⁴

f).- LA CUSTODIA EN EL DERECHO ROMANO.

Para poder hablar de custodia es necesario saber a que nos referimos:

"Proviene del latín *custos* que significa guarda, el guardián y ésta a su vez, de *curtos*, forma del verbo *curare* que quiere decir curar. Es por lo tanto la acción y el efecto de custodiar o sea de guardar con cuidado alguna cosa".²⁵

La anterior definición, se refiere a la custodia de una cosa, lo que quiere decir, que la misma, es utilizada dentro del ámbito del derecho patrimonial y no así dentro del derecho familiar.

Los tratadistas, poco se refieren al término; sin embargo, se aplica en el derecho de familia, para hacer referencia al cuidado y vigilancia debidos al hijo.

Lo anterior, determina, que la custodia en Roma fue ejercida por el *pater familias*, quien fue la persona, que en forma absoluta y perpetua ejercía la *patria potestad*.

Aún, cuando el padre fue el soberano en la familia romana, la madre por instinto maternal cuidaba del hijo durante su crianza, para que el mismo creciera y se desarrollará adecuadamente.

En párrafos anteriores se mencionó, que las personas *sui juris* no estaban sujetas a la *potestad* de un *pater familias*. Muchas de estas personas eran aún menores de edad o eran incapaces, por lo que, era necesario procurar su protección,

²⁴.- Floris Margadant Guillermo S. El Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge. México 1993. pp. 206 y 207

²⁵.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano A-I. Editorial Porrúa. México 1987. p. 810

de tal suerte, surgió la tutela y la curatela, pero exclusivamente para brindarle apoyo y representación a estas personas en su patrimonio y no así, a su persona.

"El tutor se ocupaba de la fortuna del pupilo y no de su guarda ni de su educación. El pretor era el que designaba, en presencia de los parientes más cercanos del impúber, a la persona destinada a educarle. Este nombramiento podía hacerlo la madre, el abuelo o cualquier otra persona cuyos méritos y acciones fuesen una garantía para el menor. El tutor ve únicamente por lo intereses pecuniarios del pupilo; la regla: *tutor personae nun rei vel causae dater*, no quiere decir que tenga cuidado de la persona del pupilo; significa que el tutor esta dado no para un bien o un negocio especial; sino para cumplimentar la personalidad jurídica del impúber y administrar el conjunto de su patrimonio".²⁶

Así, una persona con estas características podía ser cuidada por un tercero que no fuera el padre ni el tutor o curador; pero éste no tenía las facultades conferidas por la patria potestad.

Podía, surgir la situación en la que no hubiere quien ejerciera la tutela y el hijo podía ser abandonado a su suerte, pues "en primer término están sujetos a la tutela, en todas la épocas del derecho romano, los *impúberes*- en cuanto está sujeto a ella- *pupillus*.

En los orígenes no había otra tutela que la legítima, regulada por la antigua costumbre y por las XII Tablas. En ésta una *potestad* sobre el impúber *sui iuris* y sus bienes; atribuida por la ley, en el interés principal de la familia, a aquellos que en la eventualidad de la muerte del impúber correspondería la herencia, es decir, si se trata de ingenuos al más próximo pariente por vía de varones (*agnatus proximus*) y a falta de ellos a *ius congenitiles*; si se trata de libertinos, al patronato o a sus descendientes. Cuando se admitió también que un *pater familias* que tuviera hijos (*sui heredes*) pudiese hacer testamento (en favor de ellos o de otros), se admitió asimismo que el

²⁶.- Ventura Silva, Sabino. Ob. Cit. p. 113

padre pudiese nombrar tutor a los hijos en el testamento; de aquí la tutela testamentaria, que por lo tanto se remota también hasta una época muy antigua, y es también una *potestad*, aunque en ella el interés del grupo familiar tienda a conciliar con el del impúber.

Fuera de estas dos hipótesis, es decir, cuando el *impúber sui iuris* no tenía parientes por vía masculina no se le habla asignado un tutor en el testamento del padre, el derecho antiguo lo abandonaba ahí mismo, es decir, a la madre y a sus parientes, que de hecho educaban y vigilaban".²⁷

En este sentido, es propio señalar que la custodia del menor la ejercería quien decidiera hacerse cargo de él, sin ejercer, aquel poder, que comprendía *la potestad del padre*, pues era el único que gozaba de ésta.

2).- DERECHO GERMANICO.

Durante el derecho antiguo germánico "nos encontramos también ante una familia de carácter patriarcal fundada sobre el *Munt* o *mundium*, poder de carácter equivalente a la antigua *manus* romana y al que se encontraban sometidos todos los miembros de la comunidad doméstica: el padre es el único que tiene personalidad frente a la comunidad, siendo ante ella responsable en el plano civil y en el penal de todos los actos de las personas sometidas a su potestad".²⁸

Hay una notable evolución histórica de la patria potestad, siempre empapada de la influencia canónica, que se refleja, también durante el desarrollo, que la figura tiene dentro del derecho germánico, que en sus inicios habla adoptado para sí, características propias, que definían a esta autoridad en el derecho romano

²⁷.- Arango-Ruiz, Vicencio. Instituciones de Derecho Romano. Ediciones de Palma. Buenos Aires 1986. pp. 557 y 558.

²⁸.- De Cossio y Corral Alfonso. Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid, España 1988. p. 480

a).- CARACTERES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO GERMÁNICO.

Fueron distintos los caracteres que los germanos otorgaron a la *patria potestad*, suprimiendo, el absolutismo reinante en la Roma antigua. Así, tuvo un carácter tuitivo, no era perpetuo; permitió que la madre tuviera participación en el ejercicio de la misma a falta del padre, e inclusive, tenía determinados derechos y deberes durante el ejercicio de éste, como era el cuidado y vigilancia.²⁹

El padre tenía dos tipos de derechos que podemos clasificar en personales y patrimoniales .

b).- DERECHOS SOBRE LA PERSONA DEL HIJO.

El carácter patriarcal envolvente de la familia germánica, permitió a la autoridad del padre tener amplias facultades.

Así, "El padre tenía derecho de exponer al hijo inmediatamente después del nacimiento; el de castigarlo a su arbitrio; el de venderlo en caso de necesidad o por pena, e inclusive matarlo; el de disponer su matrimonio y el de representarlo en el proceso".³⁰

Lo anterior, gracias a la influencia romana, que posteriormente fue anulada.

De ahí, **Alfonso de Cossio y Corral**, señala "lentamente se va convirtiendo este poder en protección del hijo, y así se habla de *mundporo*, *foramundo*, *mundualdus*, lo que no obsta para que se siga admitiendo en determinados casos el derecho de vida o muerte. El *Edictum Pistense* de Carlos II (1864) admite la venta del hijo en caso de extrema necesidad, cuya disposición se encuentra todavía en el *Espejo de sajona*".³¹

En consecuencia, la profunda transformación que se iba manifestando no podía quedar ahí. El cristianismo tuvo una gran difusión e influencia en las legislaciones

²⁹ - D' Antonio, Daniel Hugo. Patria Potestad. Editorial Astrea. Buenos Aires 1979. p. 33

³⁰ - Monroy Cabra, Marco Gerardo. Derecho de Familia y de Menores. Editorial Jurídicas Wilchis. Bogota, Colombia 1991. p. 159

³¹ - De Cossio y Corral, Alfonso. Ob. Cit. p. 480

logrando, que el derecho de exposición se suprimiera y cuando la hija decidiera unirse en matrimonio el padre únicamente otorgará su consentimiento.³²

c).- DERECHOS SOBRE LOS BIENES DEL HIJO.

El carácter tuitivo denotó la existencia de una mayor participación del hijo en el ejercicio de los derechos derivados de la propiedad.

"Desde los tiempos más antiguos el hijo de familia gozaba de plena capacidad patrimonial; hasta un período bastante avanzado el producto de su trabajo correspondía al padre, adquiría, sin embargo la plena propiedad de la herencia de la madre o de cualquier otra donación. El padre tenía sobre sus bienes, lo mismo que sobre lo que su esposa, una *Gewerzu rechter Vormundschaft*, que le confería el derecho de usufructo y administración, pero la propiedad seguía perteneciendo al hijo; cuyos bienes debían ser conservados íntegramente, ya que regía el principio *Kindegut soll weder wachsen noch schwinden*: los bienes del hijo no deben ni crecer ni desaparecer.

Podía, sin embargo, el padre disponer libremente de los bienes muebles del hijo, pero precisaba el consentimiento de éste cuando de inmuebles se trataba, y era por otra parte responsable de los delitos de los sometidos a su potestad, siquiera con la posibilidad de liberarse mediante el abandono o entrega del hijo".³³

d).- EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO GERMANICO.

Por se un poder no vitalicio, el mismo se extinguía cuando el hijo adquiría una vida económicamente independiente; ingresaba al servicio de las armas o era acogido

³²- Castán Vázquez, José María. La Patria Potestad. Editorial Revista de Derecho Privado. España 1960. p. 25

³³- De Cossio y Corral, Alfonso. Ob. Cit. p. 480.

en las asambleas comunales -*Thinguerban*- y por otro lado la emancipación por matrimonio era el medio por el cual terminaba para la hija. ³⁴

e).- LA CUSTODIA EN EL DERECHO GERMANICO.

En párrafos anteriores ya se menciona a que se refiere el término custodia en el ámbito familiar, entendiéndose así, al cuidado y vigilancia, que se le debe brindar al hijo, que esta sujeto a la *patria potestad*.

De acuerdo a las características que desarrolló la *patria potestad* en el derecho germánico antiguo, el padre era la persona indicada para ejercer el derecho de custodia, que más tarde se convertiría también en un deber; pues, él era el jefe de familia y tenía el poder de decisión; sin embargo, no podemos dejar de deducir la participación de la madre en el ejercicio de la custodia, toda vez, que por naturaleza propia, es y ha sido la persona encargada de cuidar y vigilar a los hijos.

Posteriormente, con el paso de los años e inclusive de los siglos, el progreso permitió que la *patria potestad* tuviera como contenido un conjunto de deberes-derechos, de donde se desprende la custodia

El derecho moderno, en Alemania no emplea el término custodia ni siquiera el de guarda, sólo hace referencia al cuidado de la persona del hijo, el cual, abarca según su legislación, el dar un nombre al hijo; el deber de educarlo; el de vigilarlo y establecer su domicilio. ³⁵

³⁴.- Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo II. Editorial Astrea. Argentina 1989. p. 643.

³⁵.- Ludwing Enneccerus. Theodor Kipp. Tratado de Derecho Civil. Tomo IV, Vol. II. BOSCH, Casa Editorial., Barcelona 1946. p. 49

"Educación es la influencia psíquica (aunque se ejercite con ayuda de medios físicos) con el fin de formar su carácter y espíritu. El puro cuidado del cuerpo pertenece al cuidado de la persona, pero no a la educación. A esta pertenece todo lo espiritual, pero también en tanto se manifiesta en la denominación del cuerpo y en la costumbre de los buenos cuidados corporales.

La vigilancia es en parte un medio de educación. Incumbe al padre con el fin de precaver de peligros al hijo, pero también para evitar que el hijo cause daños a terceros. El último extremo la responsabilidad del padre en virtud del 832 es la necesaria consecuencia jurídica.

El cuidado de la persona del hijo le corresponde también la representación del mismo en asuntos personales (1,630, ap. 1)".³⁶

El mencionado contenido, también hace referencia a la educación deber-derecho distinto, a la custodia.

Si los progenitores del hijo menor, se divorcian, la custodia del menor corresponde sólo a uno de ellos.

La legislación germánica para resolver, a quien de ellos corresponderá, toma en consideración la 'culpabilidad'. El cónyuge inocente tendrá, por lo tanto, el ejercicio de la custodia, pero si ambos son culpables, los menores de seis años permanecerán con la madre al igual que las niñas, sea cual sea, su edad, mientras que los varones mayores de seis, con el padre. Ante situaciones anormales el Tribunal de Tutelas podrá dictar otras medidas.³⁷

³⁶.- Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp. Ob. Cit .pp. 49 y 50

³⁷.- Ibid. pp. 122 y 123

3) DERECHO ESPAÑOL.

En el antiguo derecho Español los cambios de la *patria potestad* son evidentes, a pesar, que en principio, se acogió un poco la tendencia del derecho romano, al resaltar el carácter absoluto que lo caracterizaba.

a).- CARACTERES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.

El carácter del derecho romano clásico va desapareciendo, por lo que, la legislación española se apoya más en la tendencia del derecho germánico protector y menos despótico. La participación de la mujer, en el ejercicio de la *patria potestad*, fue una de las mayores aportaciones adoptadas.

José María Castán Vázquez, advierte que la autoridad paterna debe concebirse como una función en favor del hijo.³⁸

A pesar de la influencia germánica dominante en el espíritu del derecho español, en los orígenes encontramos la influencia del derecho romano.

"Las *partidas* acogieron para España el derecho romano, y que en este cuerpo de leyes la *patria potestad* se denominaba *officium virile* y se constituye como un poder absoluto y perpetuo a favor del padre, se percibe respecto del ejercicio de la *patria potestad*, la influencia de ciertas ideas cristianas que influyeron sobre esta institución ya desde el imperio romano (particularmente a partir de Constantino), en el sentido de que la *patria potestad*, debía ser con piedad paterna".³⁹

La evolución permite un cambio en las características de la figura de la *patria potestad*.

³⁸.- Castán Vazquez, José María. Ob. Cit. p. 27.

³⁹.- Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso. Editorial Porrúa. México 1989. p. 672.

"Tanto en las *leyes visigodas* como en las de la monarquía castellana se establecen límites a la *patria potestad*, la cual está muy lejos de revestir un carácter absoluto ni inhumano: así la *Lex Visigthorum* (lib. V, tit. IV, ley 12) y el *Fuero Real* (lib. III, tit. X, ley 8ª) prohibían a los padres vender, donar dar en prenda a sus hijos bajo la sanción de nulidad de tales actos y pérdida por el comprador del precio que hubiesen entregado".⁴⁰

En la legislación española la participación de la madre, en el ejercicio de la *patria potestad*, va adquiriendo sus propias tendencias.

"La potestad materna sobre el hijo, que se manifiesta sobre todo a la muerte del padre. La coparticipación de la madre en la *patria potestad*, aparece casi en todos los cuerpos legales de inspiración nacional, siquiera sea bajo variadas formas, pues en algunos se muestra una simple tutela que se otorga a la madre en defecto del padre (cf. El texto *leovigildiano* de procedencia *euriciaca*, conservado por *Recesvinto* en su *Liber iudiciorum* IV, S, S, así como el *Fuero de Briviesca*, III, 7, 2 y el *Fuero de Vizcaya*, tit. XXII, ley 1,ª); en otros como potestad subsidiaria o derecho de *patria potestad* en defecto y sustitución de la del padre (*ley de Chindasvinto*, en el *Liber iudiciorum*, IV, S, 1), y en no pocos parece ir envuelto en los trazos, más o menos claros, de una potestad conjunta y solidaria del padre y de la madre, que desaparecía con la muerte de cualquiera de ellos, dando paso a una forma supletiva de tutela ejercida por el sobreviviente con intervención de los parientes, para defensa de los intereses de los hijos (sistema del que Ureña encuentra vestigios en el *Fuero Viejo* y el libro de los

⁴⁰. - Ludwig Ennecerus, Theodor Kipp. Ob. Cit. p. 47.

Fueros de castiella, y que ve personificado sobre todo en los *Fueros de tipo Cuenca-Turuel*, en los que se lee el principio *filii sint in potestate parentum*). Sólo las partidas, trasunto del derecho romano, se mostraron abiertamente hostiles a la *patria potestad* de la madre (cf. Partida IV, tit. XVII, ley 2ª.).⁴¹

En el ámbito patrimonial, dicha autoridad permite al padre tener sólo algunas facultades sobre los bienes del hijo.

"Según el *Fuero Juzgo*, los bienes de la madre corresponden al hijo y el usufructo al padre, y si se casa el hijo o cumple veinte años, aquél puede quedarse con el tercio y la mitad, respectivamente, por la *lacera* (incomodidad). Los *Fueros municipales* dieron a los padres el usufructo y tenencia (administración). La propiedad era de la familia, pues a la muerte del padre, según el *Fuero de Soria*, se repartía entre todos los hermanos.

El *Fuero Real* también dijo: Si lo gana con el haber de los padre, que se reparta entre todos; sino, pertenece al hijo en plena propiedad.

Las *Partidas* copiaron el sistema romano; la *ley de Matrimonio Civil* concede a la madre la patria potestad en defecto del padre, de modo que el criterio determinante de la procedencia de los bienes (del padre o de la madre), no puede servir para distinguir los *peculios*. Lo característico ahora, base de la distinción, es la combinación de los derechos del padre e hijo y los supuestos de adquisición. Claro es que no conservó los *peculios*, porque ya es otro principio el que inspira; pero pueden conservarse denominaciones en atención a esas combinaciones de derechos".⁴²

⁴¹.- Ibid. p. 48

⁴².- De Diego, Clemente. *Instituciones de Derecho Civil Español*. Tomo III. Madrid, 1959. p. 668.

El desarrollo en la legislación española fue avanzando, de tal manera, que sobre la *patria potestad* y sus características **Manuel Peña Bernaldo de Quíros**, hace un resumen de los aspectos más importantes durante el siglo XIX.

"a) **La Ley del Matrimonio Civil del 17 de junio de 1870**. Parte del carácter funcional de la *patria potestad*, que tiene un fin eminentemente moral: la educación del hijo (E. De M; cap. V). Introduce, entre otras, las modificaciones siguientes:

-La madre también es llamada a la patria potestad, si bien sólo en defecto del padre.

-La patria potestad termina con la mayor edad del hijo. Como explica la E. De M; desde que el hijo adquiere la plenitud de sus facultades, la protección paterna, o, lo que es lo mismo, la patria potestad carece de razón de ser.

b) **En el Código Civil** se regula la patria potestad con las siguientes características:

-Persiste la preferencia del varón: la madre sólo es llamada en la patria potestad, en defecto del padre.

-Persisten los restos del carácter absoluto de la patria potestad romana. El padre puede imponer a su hijo, como castigo, hasta un mes de detención en un establecimiento correccional. En lo patrimonial, el padre, tiene, en principio, el usufructo de los bienes que adquiera el hijo, por ejemplo, por herencia de su madre.

Había una clase de hijos especialmente discriminada en relación con la patria potestad, la de los hijos ilegítimos no naturales (adulterinos). Sobre tales hijos no tenía

patria potestad ni el padre ni la madre: Estaban sujetos a tutela como si fuesen huérfanos o hijos de padres desconocidos".⁴³

b).- LA CUSTODIA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

La custodia del hijo ha sido de gran interés para los actuales legisladores. En la antigüedad poco se habló de dicha figura, a pesar, de que, la misma forma parte de la patria potestad.

En la actualidad, el tema es tratado con mayor abundancia. Es un deber y al mismo tiempo un derecho, de quien ejerce la patria potestad; así la custodia deriva de la patria potestad, atendiendo al beneficio del hijo.

José Pulg Brutau, señala "la patria potestad implica la atribución de derechos y deberes a los padres y a los hijos. El código Civil, después de disponer que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre, y que esta potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, enumera en el artículo 154 los deberes y facultades que comprende:

1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral..."⁴⁴

El autor en este párrafo hace referencia a la custodia confirmando su carácter de deber-derecho.

⁴³.- Peña Bernaldo de Quiros, Manuel. Ob. Cit. p. 510.

⁴⁴.- Pulg Brutau, José. Compendio de Derecho Civil. Vol. IV. BOSCH, Casa Editorial. Barcelona 1991. p. 176.

La legislación española, señala que el ejercicio de la custodia de un menor, corresponde primero a la madre, aún cuando, si vive el padre no tenga el ejercicio directo de la patria potestad.

El tema de custodia adquiere mayor importancia, al hablar de la separación de los padres; por divorcio, por nulidad de matrimonio o por una separación de hecho, que también es regulada en España.

"Tanto es así, que el legislador ante determinadas situaciones anómalas del matrimonio, ha previsto la contingencia de que la guarda y custodia de los hijos pertenezca a la madre, que no ejerce la patria potestad sobre los hijos menores. Así en los supuestos de que la mujer casada se proponga demandar la separación o nulidad de su matrimonio, se le confiere los hijos menores de siete años (Art. 67 del Código Civil y artículo 1881 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En su razón se podrá acordar la suspensión del derecho a la guarda y educación de los menores de dieciséis años de parte del cónyuge que ejerza la patria potestad, y sin que esta suspensión presuponga la de la patria potestad. Serán competentes para acordar dicha suspensión del derecho de guarda y educación del menor de dieciséis años, los Tribunales Tutelares de Menores, siempre que se trate de un ejercicio indigno del repetido derecho de guarda y educación, pues en el caso de que se trate, no de ejercicio indigno, sino de un mejor derecho en cuanto a su ejercicio, serán competentes los tribunales ordinarios.

La madre ante un ejercicio indigno del derecho de guarda y educación de los hijos menores por parte del padre, podrá acudir al Tribunal Tutelar de Menores

competente, para solicitar la suspensión de dicho derecho al esposo, sin necesidad de instar una demanda de separación conyugal".⁴⁵

Hay ciertas ventajas en el sistema procesal español, que permiten dar mejor atención a un problema que se suscite y tenga como consecuencia la suspensión del ejercicio de la custodia del menor. La existencia de Tribunales especiales son mérito de la importancia, que se debe reconocer, para el bienestar de la familia.

"En una separación de hecho de carácter convencional o amistoso no serán válidos los pactos que tiendan a establecer que el derecho a la guarda y educación de los hijos menores corresponde a la madre, por tratarse, según lo dicho, de un derecho cogente o imperativo, inherente a los Tribunales Tutelares.

Igualmente, en una separación legal la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio puede corresponder al cónyuge que no ejerce la patria potestad, así, los supuestos reseñados en el apartado 2º, párrafo 3º del artículo 73 del Código Civil, respecto a que los hijos menores de siete años podrán quedar al cuidado de la madre, aunque ésta fuera culpable de la separación, y si, al juzgarse sobre la separación, se hubiera por motivos especiales, proveído acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado, al instituto de la patria potestad".⁴⁶

El juzgador ante un problema planteado, relativo a la custodia de un menor, debe atender a la corriente, que la legislación española a adoptado, que se refiere al *Beneficio de los Hijos*.

⁴⁵ - Zanón Masdeu, Luis. La Separación Matrimonial de Hecho. Editorial Hispano-Europa. Barcelona. 1974. pp. 88 y 89.

⁴⁶ - Zanón Masdeu, Luis. Ob. Cit. p. 89.

"El beneficio de los hijos es una expresión lata susceptible de diversas interpretaciones. La propia palabra, sin embargo, tiene un específico sentido: *Bene ficio* lo que haga bien y es esta la verdadera misión del acuerdo judicial. Ese hacer bien supone tanto alimentación, educación y desahogo material, cuanto formación moral, sosiego y ejemplo a seguir; el juez, en consecuencia, debe tener en cuenta, al igual los factores materiales como los psíquicos al tomar su decisión y también debe valorar los motivos del divorcio, el ambiente en el que se desarrolló y el impacto que pudo producir en las mentes de los hijos".⁴⁷

4) DERECHO FRANCES.

El derecho, en la Francia antigua tenía dos tendencias. Una de ellas se desarrolló en las regiones, en donde predominó el derecho escrito y la otra en las regiones, en donde el derecho era de carácter consuetudinario.

Marcel Planiol y Georges Ripert, en su tratado de derecho civil, señalan, que la patria potestad tuvo características propias, dependiendo del derecho que las regulará.

En las regiones del Sur, en donde el derecho era escrito, se conservaba aún el espíritu del derecho romano, por lo que, la patria potestad sólo era facultad del padre y nunca de la madre; era perpetua, es decir, subsistía hasta la muerte del padre. En cuanto a los bienes también existieron *peculios*, dando así, algunas facultades al hijo sobre ellos.

Sin embargo, en la zona Norte, en donde el derecho consuetudinario regulaba las instituciones, la patria potestad adquirió diferentes características. La misma era

⁴⁷.- Entrena Klett, Carlos M.. Matrimonio, Separación y Divorcio. Aranzadi Editorial. España, 1990. p. 644.

temporal, no era absoluta, se le permitió a la madre participar, además debía cumplir con la protección debida al hijo y a la familia.⁴⁸

Por lo tanto, es importante señalar, que "la Revolución Francesa, en el Decreto del 28 de agosto de 1792, abolió en realidad la patria potestad, tal y como se concebía a través del derecho de Roma, suprimiendo muchas de las facultades del poder paterno y singularmente el usufructo concedido a los padres sobre los bienes de los hijos menores".⁴⁹

Posteriormente la misma tendencia subsistió en la realización del Código de Napoleón, que tuvo gran influencia en la creación de otras legislaciones del mundo como la nuestra.

Un cambio realmente importante, que Francia dio a la patria potestad sucedió en el año de 1970, cuando se creó la Ley del 4 de junio, a la que correspondió el número 70-459. Esta ley cambió la terminología que se utilizó durante mucho tiempo en el Código de Napoleón, la cual, permite reconocer una nueva función a la patria potestad.

El término *puisseance paternelle* cambia al de *autorité parentale*.

Con mayor precisión, **José María Castán Vázquez**, en su artículo titulado "Reforma de la patria potestad en el Derecho Francés", señala "el cambio terminológico no puede sorprender mucho. La expresión *puisseance paternelle* (versión francesa de la patria potestas) contrariaba ya a ciertos sectores a raíz de la promulgación del Código y ha sido después criticada por la doctrina en forma creciente

⁴⁸.- Marcel, Panjol y Ripert, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil. Cardenas Editor y Distribuidor. México 1991. pp. 252 y 253

⁴⁹.- Fernández Clerigo, Luis. El Derecho de Familia de la Legislación Comparada. Editorial Hispano-América. México 1947. p. 278.

a medida que la legislación, modificando en forma parcial pero incesante los preceptos del Código Civil, suavizaba de día en día la institución de la patria potestad y la dejaba prácticamente desprovista de todo carácter de poder. Por ello, ya en intentos anteriores a la reforma se apuntaba la abolición del término tradicional. Así, en el anteproyecto del Código Civil presentado en 1955 al Ministerio de Justicia de Francia por la Comisión de reforma del *Code* se regulaba la patria potestad bajo la rubrica *De l'autorité des père et mère*. No ha sido, empero, este término el que ha prevalecido, ni tampoco el de *autorité paternelle* (que a menudo a sido empleado en Francia como sinónimo de *puissance paternelle*), sino precisamente el de *autorité parentale*.

Un doble alcance parece tener la elección terminológica efectuada. Por un lado, la voz *autorité* reemplaza a la de *puissance*, suprimiéndose así en el mismo nombre de la institución el matiz de poder que correspondía a una concepción que se estima superada y a una regulación que ha quedado derogada. Por otro lado, se sustituye la voz *paternelle* por *parentale*, que cobija mejor al padre y a la madre. Los dos aspectos responden a la doble y bien conocida evolución histórica de la patria potestad, que, en una vertiente, a pasado de poder a función y, en otra vertiente, a pasado de ser algo atribuido exclusivamente al padre o constituir algo compartido por el padre y la madre".

50

⁵⁰ - Castán Vázquez, José María, "La Reforma de la Patria Potestad en el Derecho Francés". Anuario de Derecho Civil. Tomo XXIV, Fasc. III. Madrid 1971. pp. 974 y 975..

En los orígenes la patria potestad sólo podía ser ejercida por el padre, sin embargo, la evolución y el progreso permitieron, que la madre en Francia pueda ejercer la patria potestad conjuntamente con el padre.

Esta nueva ley no sólo aportó una nueva terminología en cuanto a la patria potestad, sino también, se logró que los progenitores de los hijos naturales puedan ejercer la patria potestad.

Sí el reconocimiento es voluntario, el padre que lo haga, ejercerá la patria potestad, pero sí el reconocimiento es por ambos padres, en principio la ejercerá la madre, sin embargo, los Tribunales podrán determinar, que sólo sea el padre o que ambos progenitores la ejerzan. Lo anterior permite, que el hijo de alguna manera no siga siendo calificado, ni mucho menos discriminado.⁵¹

a).- LA CUSTODIA EN EL DERECHO FRANCES.

El término custodia, no es conocido como tal, en todas las legislaciones del mundo, así la misma a tenido varias connotaciones, la más común es la denominada guarda. Algunos tratadistas manifiestan que existe diferencia entre ambas, pero de acuerdo al contenido de las mismas, la dirección de las dos nos lleva a un mismo camino, que es el relativo al cuidado y vigilancia del hijo.

El hijo debe tener el mismo domicilio de los padres para que se pueda cumplir con la función de cuidado y vigilancia. Asiste a los padres el derecho de poder hacer regresar al hijo cuando éste abandone el domicilio establecido.⁵²

⁵¹.- Castán Vázquez, José María. Ob. Cit. p. 974.

⁵².- Mazeud, Henri León y Mazeud, Jean Lecciones de Derecho Civil. Vol IV. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1959. p. 96

Dos características esenciales tiene la custodia en Francia:

"Carácter Obligatorio.- La guarda de los hijos no sólo es un derecho para los padres; al mismo tiempo es para ellos una obligación de la que en principio no pueden liberarse. Actualmente se considera como delito (Art. 348 a 353 C. Pen. Reformados por la ley del 7 de abril de 1899, el abandono del infante, admitido en las legislaciones antiguas). Sin embargo en la práctica ha sido necesario mostrarse tolerante por el temor de provocar infanticidios. Por ello el decreto del 19 de enero de 1811 estableció el sistema de *tomos*, aparatos móviles que permitían depositar a los niños en los hospicios sin ser vistos. Los *tomos* empezaron a cerrarse a partir de 1823; pero públicamente se práctica la entrega de los menores a los hospicios.

Incredibilidad de la guarda.- Por mucho tiempo la guarda del hijo se consideró como un atributo no cedible de la patria potestad.

Los padres que habían abandonado a sus hijos podían reclamarlos posteriormente a la Asistencia Pública o a las personas caritativas que los hubiesen recogido y educado, todo esto sin estar obligados a pagar los gastos de educación. La administración de la Asistencia Pública hizo varios esfuerzos para oponerse a estas reivindicaciones tardías, siempre sospechosas y perjudiciales para los hijos; la acción de los padres es imprescriptible. La Asistencia hubiera querido obtener la creación de un *contrato de desamparamiento* en su favor que le transfiriese la guarda definitiva del niño. En un principio se le negó. Sin embargo, la Ley de 1889 modificó la situación tratándose de dos categorías de menores; 1º *los moralmente abandonados* (Art. 19 y 20) respecto de los cuales los tribunales pueden privar a los padre total o parcialmente

de la patria potestad, para confiarla a la Asistencia Pública, a las Asociaciones de Beneficencia, o a los particulares, en cuyo caso, existe *transmisión judicial del derecho de guarda*; y 2º *los niños entregados voluntariamente* a esos mismos establecimientos o a particulares, respecto de los cuales los padres consienten en ceder sus derechos, en cuyo caso hay *transmisión convencional* del derecho de guarda (art. 17). En consecuencia, la Ley de 1889, ha organizado en este último caso, una *cesión voluntaria* del derecho de guarda, como lo pedía la Asistencia Pública; sin embargo, esta cesión reviste una forma judicial; es decretada por el tribunal a petición de las partes, actuando juntas. Esta misma ley reglamentó la recuperación del hijo y decide que la reivindicación de los padres, rechazada por el tribunal, podía solicitarse nuevamente después de tres años (art. 21). La Ley del 27 de junio de 1904 en su art. 17, resolvió definitivamente la cuestión en favor de la Asistencia Pública, autorizándola a negar la restitución del menor".⁵³

Con mayor precisión, el tema de custodia será tratado en el siguiente capítulo al determinar su naturaleza jurídica.

⁵³.- Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Ob. Cit. pp. 263 y 264.

CAPITULO SEGUNDO

II. DOCTRINA SOBRE PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA.

A. NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD.

Determinar que es la patria potestad en derecho, es importante en el presente trabajo, toda vez, que nos ayudará a resaltar la tesis del mismo.

La doctrina, se ha pronunciado exponiendo distintas corrientes que tratan el tema.

1) FUNCION.

La palabra **función** viene "del latín *funtio*. Acción propia de un órgano o aparato de los seres vivos o de una máquina".⁵⁴

Dicha definición, nos permite entender entonces, que si la patria potestad fuera una función, tendría que cumplirse una acción y ésta a su vez, sería ejercida por los titulares de la misma.

Como lo estudiamos anteriormente, la patria potestad en el derecho romano se concebía como autoridad de carácter absoluto e ilimitado, pero la evolución de dicha figura, permitió que se le atribuyeran otras características.

⁵⁴ - Master Diccionario Enciclopedico. Tomo V.

Así José María Castán Vázquez, señala "que en los derechos del mundo occidental esta visiblemente extendida la concepción de la patria potestad, como una *función* atribuida al padre para protección de los hijos".⁵⁵

Por lo tanto, la acción, requerida por la anterior definición, sería la protección de los hijos, lo cual, debe ser una realidad. También se requiere de un titular, que sería la persona, que las leyes señalen para ejercerla.

De ahí, "según su estructura moderna la patria potestad constituye una *función* impuesta y exigida por el derecho a los *padres* para la protección, defensa y formación integral de los hijos menores de edad".⁵⁶

En el derecho Civil Mexicano, son titulares de la patria potestad, en principio ambos padres, cuando se trata de hijos legítimos y en caso de que éstos no puedan serlo, por alguna de las causas que marca el Código Civil, lo serán los ascendientes en la forma, que lo señala el artículo 414.

El tratamiento en caso de hijos extramatrimoniales, es diferente, pues pueden presentarse varios casos. Si ambos padres lo reconocen, los dos serán los titulares; sin embargo, si sólo uno lo hace, éste la ejercerá, hasta aquí no hay mayor problema.

La hipótesis cambia cuando ambos reconocieron al hijo, vivían juntos, pero se separan. En este caso, el Código Civil, señala que ambos podrán convenir, cual de ellos la ejercerá; pero el legislador incurrió en un grave error en hablar de convenio, pues éste no es posible dentro de la figura de la patria potestad, dada su naturaleza

⁵⁵.- Castán Vázquez, José María. La Patria Potestad. p. 31

⁵⁶.- Ruiz Serramalera, Ricardo. Derecho de Familia. Editorial Realgraf. Madrid 1988. p. 365.

jurídica y sus características. Por la importancia del tema ampliaremos éste, en el Capítulo Cuarto de este trabajo.

¿Qué pasaría si los padres nunca vivieron juntos?, por lógica y destacando la esencia del derecho familiar, así como las características propias de la patria potestad, la respuesta correcta sería, que aún cuando no vivan juntos, ambos son titulares, toda vez, que se ha reconocido al hijo y no se le puede privar de la fortuna de ser sujeto de la patria potestad. El Código Civil, nos remite a los artículos 380 y 381 del mismo; sin embargo, su contenido es la custodia y no así la patria potestad, por lo tanto, no son aplicables. Es evidente, una vez más el error en la legislación, todo parece indicar que los miembros del Congreso de la Unión, cuando tratan un tema lo hacen en forma aislada, sin tomar en consideración todo lo relativo al mismo. No aplican las reglas de la interpretación jurídica.

Pero volviendo al tema de la patria potestad como función, la acción propia a desarrollar, tiene que ser " una fuente de facultades que han de ejercitarse no en interés de su titular, sino en beneficio de las personas a él sometidas...".⁵⁷

Por lo tanto, como dice **Calixto Valverde y Valverde**, dicha función tiene un "carácter ético, social y jurídico, derivado de la naturaleza humana y que tiene como fin en el Código Español, proveer a las necesidades físicas y morales de los hijos completándoles su personalidad jurídica y supliendo su defectuosa capacidad de obrar".⁵⁸

⁵⁷.- De Cossio y Corral, Alfonso. Ob. Cit. p. 482.

⁵⁸.- Valverde y Valverde, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV, 1921. p. 469.

Aunque realmente no es un defecto, sino limitante, toda vez, que sí goza de capacidad, pero por ser menor, no puede ejercerla por sí mismo.

Consideramos que como función, debe ser aceptada la patria potestad, sin embargo, faltan elementos, que posteriormente manifestaremos después del estudio de otras corrientes al respecto.

2) INSTITUCION.

El término *institución* ha sido objeto de varias acepciones y aún más dentro del campo del derecho. Los doctrinarios han desarrollado varias teorías al respecto.

La definición del diccionario, en principio, dice; "proviene del vocablo latino *institutionis* y hereda de éste gran parte de su significado.

Institutio deriva de *instituo* (is, ere, tui, tutum), que significa: poner, establecer o edificar; regular u organizar; o bien: instruir, enseñar o educar".⁵⁹

Dicha definición, nos hace pensar, que quienes han hablado de la patria potestad como institución, no han sido muy claros en el tema.

La doctrina más aceptada, dentro del campo jurídico, ha sido la que desarrollaron autores como "Maurice Hauriou, George Renal y Santo Romano entre otros... donde predomina un estilo sociológico".⁶⁰

Estos autores, son institucionalistas y su teoría, abarca tres elementos indispensables para hablar de institución: "la idea, el poder que organiza y dirige en pos de tal idea, la comunicación individual en torno a la idea fundadora".⁶¹

⁵⁹ - Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Mexicano I-Q. Editorial Porrúa. México 1988. p. 1745.

⁶⁰ - Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit. p. 1747.

⁶¹ - O' Antonio, Daniel Hugo. Derecho de Menores. Editorial Astrea. Buenos Aires 1986. p. 182.

De acuerdo a estos tres elementos **Daniel Hugo D' Antonio**, dice, "corresponde que nos detengamos -en atención a el objeto de nuestro estudio y dada la proyección que adquiere a los fines de dejar establecidos los verdaderos alcances del ejercicio de la patria potestad en la sujeción de las voluntades a un poder que organiza y dirige".⁶²

Así, se habla de un poder, al cual, están sometidos, quienes sustentan la idea fundadora y para que sea legítimo tiene que responder a los intereses del grupo y así surgirán deberes que cumplir.⁶³

Por ello, para **Galindo Garfias**, "el contenido social de la patria potestad, se destaca desde el punto de vista de que los poderes conferidos al padre y a la madre constituyen una potestad de interés público; en cuanto a que realizando esa misión en interés del hijo, se cumple el interés de la colectividad representada por el Estado.

De la conjunción de estos elementos, se desprende que el orden jurídico, exige que la autoridad paterna se encuentra sólidamente establecida dentro del grupo familiar y explica a la vez, por qué en el derecho privado, se reúne en esta institución, el interés de los hijos y de los padres, el interés superior de la familia y el interés público de la sociedad y del Estado".⁶⁴

No estamos de acuerdo con dicha concepción, a pesar de que habla de un poder limitado, que da origen a deberes. No se destaca, propiamente la naturaleza de la patria potestad. Consideramos que la misma, no es algo creado, sino algo que el derecho ha reconocido, por tener sus orígenes en la naturaleza, que permite a los

⁶².- D' Antonio, Daniel Hugo. Ob. Cit. p. 209.

⁶³.- Loc. Cit.

⁶⁴.- Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. p. 678.

padres velar por sus hijos. Ya de ello, depende un crecimiento adecuado del menor. No hay que olvidar, que el interés del padre, no tiene gran relevancia, toda vez, que se trata de una figura, que persigue el bienestar del hijo.

Si fuera algo creado por una colectividad, la misma podría, desaparecerla, en cuanto cumpliera con los fines que ellos persiguen; sin embargo, la patria potestad no puede desaparecer, sino es por una causa verdaderamente grave, que lesione al menor y la colectividad no podrá convenir otra cosa, ni aún los mismos padres, siendo esta una función propia del juzgador.

Julián Guitrón Fuentes, en forma acertada señala, que la pérdida de la patria potestad, debe desaparecer como sanción. Debe sustituirse por una suspensión del ejercicio, por el tiempo que determine el juez.⁶⁵

Es verdad, que el hijo pierde más, no teniendo un padre cerca, pues éste se aparta sin preocuparse del desarrollo del menor, lo que implica un deterioro en la función que representa la patria potestad.

3) CONJUNTO DE DERECHOS Y DEBERES.

Para **Rafael de Pina**, la patria potestad es "el conjunto de facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ellas, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria".

66

⁶⁵.- Guitrón Fuentes, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar?. Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. México 1987. p. 329.

⁶⁶.- De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. 1. Editorial Porrúa. México 1983. p. 373.

Sin embargo, **Chávez Asencio**, dice que no únicamente se trata de derechos y deberes, sino también de obligaciones, toda vez, que la patria potestad tiene que ver con los bienes del hijo y en este ámbito, no es posible hablar de deberes.⁶⁷

Cuando decimos patria potestad, lo hacemos en relación a los titulares y a los menores de edad no emancipados, por lo tanto, es conveniente resaltar que como ambos son sujetos de derecho, existe una relación jurídica entre ellos, en donde predomina el deber para los padres. Así, a un deber del titular, corresponde otro deber al menor no emancipado.⁶⁸

El criterio de **Chávez Asencio**, coincide con el de **Cicú** y con el nuestro, al señalar "que la relación entre padre e hijo se apoya sobre el momento del deber, lo reconoce la doctrina cuando dice que el derecho de la patria potestad se apoya sobre el deber; que el deber es aquí, la causa principal y el derecho no existe más que en gracia del deber; que el poder está atribuido como consecuencia de un deber jurídico preexistente y que es la idoneidad para observar las obligaciones que constituye el verdadero fundamento de la atribución de los derechos".⁶⁹

El contenido de la patria potestad, es un conjunto de deberes, obligaciones y derechos. Aún cuando se manifieste, que la raíz de todo el contenido, son los deberes y las obligaciones.

⁶⁷ - **Chávez Asencio, Manuel F.** *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*. Editorial Porrúa. México 1992. pp. 296 y 297

⁶⁸ - **Chávez Asencio, Manuel F.** Ob. Cit. pp. 296 y 297.

⁶⁹ - **Cicú, Antonio.** *El Derecho de Familia*. Ediar. Soc. Anon. Editores. Buenos Aires 1947. p. 128.

El derecho o facultad, no toma gran importancia en la figura de la patria potestad; su función primordial, es la protección del menor y si resaltáramos el derecho o el poder, no tendría razón de ser, pues, se estaría tratando al hijo como cosa.

La doctrina o los tratadistas que la señalan como conjunto de deberes y derechos, tienen razón, pero, no es únicamente ese conjunto, también existe una función que se ha resaltado durante la evolución de la patria potestad.

4) AUTORIDAD PATERNA Y MATERNA SOBRE LOS HIJOS MENORES NO EMANCIPADOS.

Hay quienes opinan que la esencia de la patria potestad, es la autoridad que el padre o la madre, ejercen sobre los hijos no emancipados.

Según **Roberto de Ruggiero**, es "ésta una autoridad que implica derechos y obligaciones; es, pues, a un mismo tiempo una *potestad* y una *manus*, porque el poder que entra sobre los sometidos a ella no está exento de cargas, pudiendo decirse que aquél es atribuido con vista a éstas".⁷⁰

"Se trata de un ámbito de poder, de un campo acotado no a la arbitrariedad, pero sí al albitrio (de árbitro) o de discreción del sujeto... es cierto que el poder conferido está especialmente acotado por su más directa finalidad: el beneficio del hijo y el cumplimiento de los deberes paternos de protección y educación".⁷¹

Se resalta el tema de autoridad y de poder en esta corriente, pero como ya señalamos no estamos de acuerdo en esto. Sería considerar, que aún es el poder que

⁷⁰.- De Ruggiero, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Vol. II. Instituto Editorial Reus. Madrid, España. p. 231.

⁷¹.- Peña Bernaldo de Quiros, Manuel. Ob. Cit. p. 505.

se ejercitaba durante el derecho romano. Lo importante, es el cumplimiento del deber y de ahí, que se tengan derechos, para cumplir aquéllos. A pesar de que se habla del beneficio del hijo, el mismo sería posible, pues la autoridad de los titulares estaría en primer lugar, cumpliendo así, el interés del progenitor y no del hijo.

Además, la patria potestad no es ejercida únicamente por los padres; a falta de éstos la ejercerán los abuelos (Art. 414. del C. C.), a diferencia de otras legislaciones como la alemana, en donde sólo en principio, la ejerce el padre y en forma substitutiva o accesoría la madre, nunca ejerciéndola los abuelos. En Argentina, basta que los padres se separen, sea cual fuere el motivo, para que quien tenga la custodia del hijo, sea quien la ejerza.

Por lo tanto, es una función encomendada a los padres y en su defecto, a los abuelos sin preferencia alguna.

La idea de autoridad, en la actualidad no es aceptada, reconociendo así, un carácter tuitivo y no absoluto e ilimitado.

5) NUESTRA TESIS.

No es la esencia del presente trabajo el destacar la naturaleza jurídica de la patria potestad, sin embargo, para los fines del mismo, es necesario adentrar en ello.

Primero, se trató a la patria potestad como función, concepción con la que estamos de acuerdo, ya que muchos esfuerzos y tiempo le costo a ésta, determinar que la protección y el beneficio del menor, era lo más importante; por lo tanto, no es posible seguir considerando, que sea una autoridad, como se maneja en el punto cuatro, o que sea el poder o derecho, el que deba destacarse, determinando con ello,

que la patria potestad, fuera en favor de los titulares. El derecho familiar, se ha preocupado últimamente, en resaltar la importancia que tiene la familia y por lo tanto, las figuras que se allegan a ella.

Por lo tanto, la patria potestad es una función, que tiene como contenido deberes, obligaciones y derechos, que son recíprocos para quienes intervienen en ella.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado al respecto: "La patria potestad *implica no sólo derechos, sino también deberes*, sobre todo el interés y protección del menor, sin dejar de considerarse los derechos, que el padre posee. En ese complejo de derechos y deberes, o *función de paternidad*, en el que se conjuga el interés paterno con el familiar y social".⁷²

Nuestro Código Civil, no define a la patria potestad, sólo establece que se ejercerá sobre la persona y bienes del hijo (Art. 413), y en su Título VIII, artículos 411, 413, y del 421 al 442, señala en forma no organizada, los deberes, obligaciones y derechos, que son su contenido.

Debido al carácter funcional de la patria potestad, varios países han propuesto a sus legisladores, el cambio del término con el cual, se hace referencia a la misma, ya que como tal, no cumple ni atiende a su naturaleza jurídica. En el derecho francés se dio un logro al respecto, al regular y darle otra denominación, como ya lo vimos en el primer capítulo del presente trabajo.

Por lo anterior, proponemos se estudie el tema y en el momento adecuado, se discuta y se proponga el cambio de nombre a la figura de la patria potestad.

⁷².- Amparo Directo 5725/86, Rufina Rivas Romero, 14 de mayo de 1987. Mayoría de tres votos contra dos. Ponente José Manuel Villagordoza Lozano.

Según, nuestro criterio, los deberes, obligaciones y derechos; parten de algunos que son principales, de donde se desprenden otros en forma secundaria, que forman parte del conjunto y que son recíprocos para las partes.

Chávez Asencio, en su obra en forma esquemática hace una relación de los mismos, que a continuación exponemos:

RELACIONES JURIDICAS PATERNO-FILIALES
--

PADRES		E	HIJOS	
DEBERES	DERECHOS		DEBERES	DERECHOS
a) Cuidado y Custodia	Fijar el domicilio Familiar		Vivir en el Domicilio Familiar	A la Custodia con cuidado
a.1) Convivencia	Respeto e Intimidad		Convivencia	Respeto e Intimidad.
a.2) Protección a la persona	Cuidado y Corrección		Aceptación y Respeto	Ser protegido
a.3) Vigilancia de Los Actos	Corrección y Amonestación		Obediencia y Respeto	Ser protegido
b) Educación	Corrección y auxilio de la autoridad		Respeto aplicación y obediencia	Su Educación
b.1) Moral	Amonestación y Corrección		Atender y Escuchar	Su formación Moral
b.2) Religiosa	Orientación		Atender y Escuchar	Respeto a su vocación
b.3) Al Trabajo	Participación en la Contratación		Aprovechar y Aceptar	Respeto a su vocación
c) Testimonio	respetarlo		Honrar	Recibir buen Testimonio

EN RELACION A SU PERSONALIDAD

a) Darle nombre	Buen Uso	Respeto	Llevar el nombre
b) Cuidar la imagen	Decidir	Respeto	A su imagen
c) Velar el honor	Defender	Cuidar	A su honor
d) Atención a la Correspondencia	Intervención	Limitado	A su Correspondencia

EN RELACION AL MATRIMONIO

Otorgar el consentimiento	Acceder o negar	Atender a los consejos	Obtener el consentimiento
---------------------------	-----------------	------------------------	---------------------------

OBLIGACIONES Y DERECHOS

a) Alimentos (darlos)	Alimentos (recibirlos)	Alimentos (darlos)	Alimentos (recibirlos)
b) Administración	Usufructo y Retribución	Retribuir	Cuentas de la Administración
c) Representación	Compensación de gastos, etc.	Aceptación	Cuentas de la Representación

Han sido varios los criterios, en cuanto a la clasificación y ordenamiento de los deberes, obligaciones y derechos.

Por una parte **Lehmann**, separa primero aquellos derechos-deberes que tienen relación con la persona del hijo; que se traducen en cuidado, vigilancia y educación.⁷³

⁷³ - Lehmann, Heinrich. Derecho de Familia, Vol. IV. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1953. p. 308.

Y por otra señala los relacionados con el patrimonio del hijo "el derecho y el deber de cuidar del patrimonio del hijo, la llamada administración del patrimonio, comprende todas las medidas de hecho y de derecho encaminadas al mantenimiento, inversión y aumento del patrimonio del hijo. Jurídicamente envuelve los negocios de disposición, de obligación y de adquisición, así como la gestión procesal. A los efectos de la administración tiene el padre el derecho y el deber de representar al hijo en los asuntos propios de la administración, sin que tenga que limitarse a la simple representación inmediata".⁷⁴

Clemente de Diego, en relación a la persona del hijo, determina que son: La convivencia o unidad de domicilio, que a su vez se traduce en asistencia, dirección, protección, alimentación, instrucción, educación, corrección y castigo. En cuanto a los bienes, se refiere a la administración y usufructo de los mismos.

Así, no hay una concepción precisa, que establezca de manera uniforme, cuales son esos deberes, obligaciones y derechos; el mismo Código Civil no lo hace.

La concepción mas completa, es la que, plantea **Chávez Asencio**, por lo que seguimos su criterio, con algunas modificaciones que en su oportunidad señalaremos, partiendo del cuadro esquemático que antecede.

Así, por lo que se refiere a la persona del hijo, consideramos que los principales deberes son: la custodia, la educación y la representación.

En cuanto al ámbito patrimonial, las obligaciones más importantes son: los alimentos, la administración y la representación

⁷⁴.- Lehmann, Heinrich. Ob. Cit. p. 663.

Este trabajo no está encaminado a determinar cual es el contenido de cada uno de los deberes, obligaciones y derechos que forman parte de la patria potestad; sin embargo, daremos un pequeño esquema, de cada uno de ellos.

PRINCIPALES DEBERES:

1.- Custodia.- Será tratado ampliamente en el siguiente subcapítulo, por lo que, los remitimos al mismo.

2.- Educación.- "implica el deber y el derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor, así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad. Esta tarea paterna incluye la formación del carácter, del espíritu y de los sentimientos que tanto ha de incidir sobre sus inclinaciones en la vida".⁷⁵

El artículo 422 del Código Civil, señala el deber de los titulares de la patria potestad de educar a los hijos, utilizando el término "convenientemente". Lo que implica que debe ser de acuerdo a las condiciones y características de cada uno de los hijos, atendiendo a las disposiciones relativas al tema contenidas en la *Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal*.

Así, los titulares tendrán el derecho de corregir a los hijos.

3.- Representación.- Los legítimos representantes del menor no emancipado en el Código Civil, son los titulares de la patria potestad (Art. 424 y 425). En consecuencia, los mismos tendrán derecho a una compensación por su actividad.

⁷⁵.- Zannoni, Eduardo A. Ob. Cit. p. 718.

Según **Eduardo A. Zannoni**, "esta representación se da en el ámbito de los deberes-derechos y asistencia de los hijos menores, de modo que la representación va más allá del estrecho ámbito de declarar en nombre del menor; se extiende también a la dirección y conducción de los actos o negocios de los hijos".⁷⁶

PRINCIPALES OBLIGACIONES:

1.- Alimentos.- Es una obligación para el padre como para el hijo. Persiste aún fuera de la relación paterno-filial, es decir, perdura por toda la vida. El derecho también es para ambos, el cual, consiste en recibirlos. (Arts. 164 y 285 del C. C.).

2.- Administración.- Los hijos tienen dos tipos de bienes: los adquiridos por su trabajo y los adquiridos por otro título. En la primera clase, el hijo tiene todos los derechos aún el de administración; en la segunda los titulares de la patria potestad tienen la administración y el 50% del usufructo, que les corresponde, como derecho. El hijo tendrá a cambio, el derecho de exigir las cuentas de la administración y cuando la misma termine o suspenda se le deben entregar todos los bienes.

Las facultades que comprende la administración son amplias, pero, el mismo Código Civil, marca algunas limitantes, a pesar de comprender las facultades de dominio y las relativas a pleitos y cobranzas.⁷⁷

3.- Representación.- La misma ya fue estudiada, únicamente debemos aplicarla, en cuanto a los bienes corresponda.

⁷⁶.- Ibid. p. 729.

⁷⁷.- Chávez Asencio, Manuel F. Ob. Cil. p. 323.

Por lo tanto, la patria potestad es una función, con un contenido propio y características esenciales, sin las cuales no podría existir como tal. Más tarde ahondaremos en ellas.

B. CONCEPTO DE CUSTODIA.

La Enciclopedia Jurídica OMEBA, señala que la custodia deriva del latín "*Custos, custodis*, voz derivada de *curtos*, forma agente del verbo *curare*, cuidar: es la guarda con cuidado y vigilancia de alguna cosa".⁷⁸

Dicha definición, hace referencia a una cosa, al campo del derecho real; sin embargo, podemos trasladarla al ámbito del derecho familiar y aplicarla en cuanto al cuidado y vigilancia, que el menor de edad no emancipado requiere.

De la definición citada se desprenden dos elementos: el cuidado y la vigilancia, que comprenden el contenido principal de custodia.

C. NATURALEZA JURIDICA DE LA CUSTODIA.

1) UN DEBER-DERECHO DERIVADO DE LA PATRIA POTESTAD.

Al tratar, la naturaleza jurídica de la patria potestad, señalamos que es una función, que comprende deberes, obligaciones y derechos.

Dentro de ese conjunto, se encuentra uno de mayor importancia -la custodia-, que ha continuación desarrollaremos y por lo tanto, que nos ayudará a resolver la tesis planteada.

Chávez Asencio, en el inciso a) del cuadro esquemático que antecede, dentro de los deberes-derechos, que corresponden tanto al titular como al menor no

⁷⁸.- Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo V. Editorial Bibliográfica OMEBA Driskill. Buenos Aires 1989. p. 381.

emancipado, de la relación jurídica de la patria potestad, señala el *cuidado y la custodia*. Al utilizar la conjunción "y" nos hace pensar en dos deberes-derechos distintos, cuando en realidad sólo es uno. No es necesario hablar de cuidado y a la vez, de custodia, pues ésta última prevé al cuidado como parte integral de ella.

De esta forma, la custodia, es un deber-derecho derivado de la patria potestad; es parte de su contenido y busca, por lo tanto, el beneficio del hijo menor no emancipado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha dicho "la patria potestad es un derecho fundado en la naturaleza de la relación paterno-filial, reconocido y protegido por la ley, cuyo ejercicio corresponde, ante todo, a los padres del menor, con todas las facultades inherentes a la misma, *entre las que se encuentra de manera destacada la de su guarda y custodia*".⁷⁹

El Código Civil para el Distrito Federal, ha sido omiso al no definir a la patria potestad ni a la custodia. El artículo 413, establece que la patria potestad está sujeta en cuanto a la guarda y educación de los menores, mencionando únicamente dos de los deberes-derechos que constituyen la misma. Como podemos observar, se refiere a la guarda y no utiliza el término custodia. Ambos términos son usados por el Código en forma indistinta; sin embargo, si acudimos a la definición de guarda encontramos que es "tener cuidado y vigilar una cosa".⁸⁰

⁷⁹.- Amparo Directo 3400/84, Martín del Lazo Hernández y otra 17 de marzo de 1986. cinco votos. Ponente Mariano Azuela Guitrón.

⁸⁰.- García Pelayo y Gross. Pequeño Larousse Ilustrado. Ediciones Larousse. Paris 1976. p. 523.

Entonces, guarda y custodia son lo mismo, por lo tanto, sugerimos se emplee sólo el término custodia, para evitar confusiones.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, algunas veces emplea el término custodia y otras hace referencia a la guarda, en lo que no advertimos problema alguno, pero algunas ocasiones utiliza ambos, como si se tratará de figuras diferentes, lo que bien puede ocasionar grandes confusiones, toda vez, que se refieren a lo mismo.

Daniel Hugo D' Antonio, indica que la doctrina es errónea, al comparar la guarda con la tenencia del hijo pues, "en efecto, la guarda presupone una actividad que corresponde a su significación en el habla castellana, signada por comportamientos de custodia, defensa o conservación. La tenencia, en cambio refiérese a un aspecto meramente material, o fáctico, implicando la proximidad física de algo o alguien...".⁶¹

De lo anterior, podemos señalar, en consecuencia, que el término guarda ni siquiera se refiere a la tenencia, además emplear la palabra "tenencia" en relación a los hijos, sería un error gravísimo, toda vez, que no se trata de una cosa.

A pesar de eso, la custodia "no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades".⁶²

Aún, cuando la posesión sea necesaria, no impide a los titulares de la patria potestad o en su caso al progenitor que conserve el deber-derecho de la custodia, envíe a su menor hijo a un colegio o internado, en donde se atenderá a su cuidado, se

⁶¹ - D'Antonio, Daniel Hugo. Op. Cit. p. 225.

⁶² - Amparo Directo 8236/66. Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de enero de 1966. cinco votos. Ponente: José Manuel Villagordoza Lozano.

procurará el interés y bienestar del mismo. Para que lo anterior, sea efectivo, el titular deberá vigilar que así sea.

2) DESGLOSE DE LA CUSTODIA COMO UN DEBER-DERECHO DERIVADO DE LA PATRIA POTESTAD.

PRIMERA.- Existe el deber de los titulares de la custodia, de proporcionar un domicilio al hijo menor no emancipado o en su caso, al nieto. El derecho consiste, para los titulares en la libertad de fijarlo. Si los titulares viven juntos, el domicilio será el familiar, de acuerdo al artículo 163 del Código Civil.

El deber para el menor, se traduce en vivir en el domicilio fijado para tales efectos, el cual, se convierte en su domicilio legal (Art. 31 fracción II del C.C.), el derecho es por lo tanto, exigir se le brinde un domicilio.

No hay que olvidar, que "sería irracional pensar que el padre está obligado a tener el hijo siempre en su compañía, pues no puede negarse el derecho al padre de enviar al hijo fuera de su domicilio, cuando así lo exige su instrucción y educación".⁸³

SEGUNDA.- La convivencia. Si ambos sujetos, en esta relación, deben vivir juntos, en un domicilio fijado para éllo, es necesario se procure, a lo máximo la convivencia entre ellos, traduciéndola en respeto e intimidad.

Esta convivencia entre padres e hijos, que normalmente se da en la relación familiar normal, sufre un cambio, cuando surge una crisis conyugal, que puede traducirse en divorcio y en consecuencia, los cónyuges se separen.

⁸³ - Valverde y Valverde, Calixto. Ob. Cit. p. 474

Aún cuando los progenitores no vivan juntos, el cónyuge que no ejerce la custodia conserva el derecho de convivencia, en donde, el principal protagonista es el menor y en algunas ocasiones también los abuelos de éste. ⁸⁴

TERCERA.- El cuidado. Al definir la custodia, se mencionó, que uno de los elementos principales de su contenido es el cuidado brindado al menor. Este debe abarcar la salud moral y física principalmente, como lo señala **Guillermo A. Borda** en su obra. ⁸⁵

El cuidado, por lo tanto, significa se proteja al hijo. En este campo incluimos la protección brindada a los derechos subjetivos o personallsimos del menor (Art. 1916 del C. C.). **Chávez Asencio**, los clasifica independientemente de los deberes-derechos que se refieren a la persona del menor, pero si se habla de protección debe abarcarse a los mismos dentro de este concepto.

Nora Lloveras, comenta "los padres cuidan del hijo porque deben desarrollar su rol diligentemente según los fines de la patria potestad.

Desde esta perspectiva, el hijo es cuidado por los padres con la debida atención y solicitud que ellos han de poner en el proceso de formación integral del menor". ⁸⁶

El derecho para los progenitores es, por lo tanto, el corregir (Art. 423 del C. C.).

El deber para el hijo es aceptar esa protección y obedecer. Su derecho es que tal protección sea efectiva.

⁸⁴ - **Chávez Asencio**, Manuel F. Ob. Cit. p. 303.

⁸⁵ - **Borda, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil**. Tomo II. Editorial Perrot. Buenos Aires 1989. p. 136.

⁸⁶ - **Lloveras, Nora. Patria Potestad y Filiación**. Ediciones de Palma. Buenos Aires 1986. p. 264.

· CUARTA.- Vigilancia. La misma se dirige, a los actos del menor no emancipado; lo que implica, que su correspondencia sea intervenida, de una forma indirecta, por el titular, es decir, el hijo debe informar quien y a quienes escribe, así, como señalar en sentido general el contenido de la correspondencia. Para poder cumplir con este deber, puede el titular hacer uso de la corrección y amonestación, e incluso puede solicitar el auxilio del Consejo de Tutelas.

El Código Penal, señala el delito que constituye, el hecho de que un padre infiera lesiones a su hijo, imponiéndole una sanción, que puede ser privativa de la libertad; además de la pérdida del ejercicio de la patria potestad (Art. 295). Esta disposición, ayuda a cumplir con la función de protección del hijo.

El deber de vigilancia implica, a su vez, la responsabilidad de los titulares que viven con los menores, en caso de que estos últimos causen daños y perjuicios; siempre y cuando se pruebe que los mismos, se hubieren podido evitar, sin importar el lugar en que se cometan (Arts. 1919 y 1922 del C. C.).

Al menor de edad, le corresponde como deber, obedecer y respetar al titular (Art. 411 del C. C.) y como derecho el ser protegido, es decir, sea efectiva la vigilancia.

3) TITULARES DE LA CUSTODIA.

Son titulares de la custodia ambos progenitores, cuando los hijos son de matrimonio, los cónyuges viven juntos y no se han separado.

Si los progenitores se divorcian es necesaria la aplicación del artículo 282 del Código Civil:

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

Poner los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de este acuerdo el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre".⁸⁷

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha manejado como regla, el hecho de que el menor de siete años, permanezca bajo los cuidados de la madre, es decir, bajo la custodia de la misma.

"Existe interés social en que los menores estén en poder de su madre hasta la edad que fija el Código Civil aplicable, por que es quien se encuentra más capacitada para atenderlos con eficacia, esmero y cuidado necesarios; de tal suerte, que si no está en los casos de excepción que marca la ley para que deba ser separado del menor de edad del cuidado de la madre, éste no podrá pasar a la custodia del padre que así lo solicita".⁸⁸

⁸⁷.- Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. México 1995. p. 32

⁸⁸.- Amparo Directo 8362/87. Concepción Perla Bellot Campos. 15 de diciembre de 1987. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Guitrón.

Así, por ejemplo, la legislación argentina establece, que el hijo menor de cinco años deberá permanecer con la madre.

Si el divorcio es por mutuo consentimiento, los cónyuges presentarán un convenio, donde se establezca todo lo relativo a la situación de los hijos menores de edad no emancipados. Dicho convenio debe señalar, a cual de los cónyuges se concede la custodia durante el procedimiento del divorcio y a quien se le otorgará definitivamente, una vez, dictada la sentencia (Arts. 272 y 273 del C. C). El mencionado convenio podrá ser objetado por el Ministerio Público, cuando afecte el interés del hijo y su protección (Arts. 675 y 680 del Código de Procedimientos Civiles). Lo anterior, con fundamento en la salvaguarda de los derechos del menor.

Dada la naturaleza de la separación de los padres, los hijos no pueden permanecer con ambos, por lo tanto, se les da la oportunidad de convenir la custodia de ellos. Ambos seguirán conservando la patria potestad, salvo que el Juez de lo Familiar disponga otra cosa.

En caso de nulidad de matrimonio, los cónyuges podrán igualmente convenir acerca de la custodia de los hijos menores no emancipados. El convenio será celebrado una vez, que la sentencia haya causado ejecutoria (Art. 259 del C.C.).

La situación de los hijos extramatrimoniales es diferente. Si ambos progenitores reconocen al hijo y viven juntos, ambos tendrán la custodia. Cuando sólo uno de ellos lo reconozca, él será quien la ejerza. Las reglas cambian, si no viven juntos y el reconocimiento se hizo en un mismo acto. En este caso, ambos convendrán quien la ejercerá y si no lo hicieran el Juez de lo Familiar lo decidirá. En cambio si el

reconocimiento se hace en forma sucesiva será ejercida, por quien lo haya hecho primero, sin olvidar, que puede existir convenio al respecto (Arts. 380 y 381 del C. C.).

El Código Civil, da un trato distinto a los hijos naturales con relación a los legítimos. Lo correcto es señalar, que si no viven juntos, pueden los padres convenir sobre la custodia, sin hacer tal distinción, logrando con ello, tomar la decisión más benéfica para el menor.

El convenio es posible, considerando el desmembramiento que sufre la patria potestad, ante la imposible convivencia de los titulares. La patria potestad en su conjunto **NO es RENUNCIABLE.**

CAPITULO TERCERO

III. PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

Después de haber analizado la naturaleza jurídica de patria potestad y custodia, es conveniente saber, como el Derecho Mexicano, a través del tiempo y de su legislación, ha tratado estos dos temas.

Sin olvidar, que daremos un enfoque especial y dominante, en lo relativo a el contenido actual de los artículos 416 y 417, que se encuentran relacionados con los artículos 380 y 381 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que constituyen la esencia de esta tesis.

A) CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE OAXACA DE 1827.

La patria potestad fue tratada en el mencionado Código, en el Título Décimo. La custodia no tuvo un apartado especial, lo cual, significo un error grave, ya que es un deber-derecho derivado de la patria potestad; de cualquier manera, en otros títulos, se reguló sin denominarla custodia, como lo veremos en el desarrollo de este subcapítulo.

1) SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Este Código, estableció que eran sujetos de patria potestad, los hijos menores, que no se encontraban emancipados. La mayoría de edad era considerada a los 21 años. (Art. 232). Sin embargo, no se menciona al hijo adoptivo, lo cual, fue un error, porque también es sujeto de patria potestad.

En el análisis del tema, no se encontró disposición alguna, que regulará de manera especial, la situación de los hijos naturales, como lo hace el Código Civil actual para el Distrito Federal. No se dice, si los mismos son o no sujetos de patria potestad, y que por ello, el tratamiento que se le hubiera dado a esta figura, haya sido distinta, al de los hijos legítimos.

La regulación, fue vaga e incompleta, seguramente, fue a causa de la época, en donde apenas se manifestaba la lucha por el cambio y por la evolución de la patria potestad, para llegar a considerarla como una función de orden público.

2) TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD.

Conservó, en su contenido, la corriente que consideraba a la patria potestad, como una autoridad paterna, que no permitía a la madre participar en forma conjunta, en el ejercicio de la patria potestad, debido a que el Código en estudio, fue promulgado, publicado y por lo tanto vigente en el siglo pasado, cuando aún la evolución estaba marcando pautas, que permitirían un desarrollo dentro del derecho familiar y de la figura de la patria potestad. Así, sólo el padre podía ejercer la patria potestad. (Art. 233).

La madre podía ejercerla, si el padre había muerto o estuviere ausente (Art. 233). Sin embargo, el Código, se confundió al regularla, porque, señalaba que a la

muerte del padre, la mujer de pleno derecho, se convertía en tutora de sus hijos (Art. 248), lo cual era erróneo, porque se confundía tutela con la patria potestad, siendo figuras jurídicas distintas; la primera depende de la filiación, de una relación totalmente de carácter natural, la segunda no, pues es creada por el derecho.

Además, no se reconoció, a la madre un ejercicio con todas sus características, al regular la posibilidad de que el padre en testamento, dispusiera un Consejero, para que interviniera en los actos que la mujer realizará y que se refirieran al hijo; (Art. 249), no cabe duda, que la mujer en dicho Código tenía categoría inferior a la del hombre, no reconociéndole una capacidad total, en sus actos.

De hijos naturales, no hubo disposición, que mencionará que el ejercicio de la patria potestad era distinto al establecido para el hijo legítimo y como el padre, era el único titular, en principio, el Código no reguló ninguna posibilidad, de existencia de convenio, cuya finalidad fuera el pactar acerca del ejercicio de la patria potestad entre los cónyuges, como lo hace el Código Civil vigente para el Distrito Federal, cuando se refiere a los hijos naturales y los padres no sigan viviendo juntos.

Cabe destacar, que por lo tanto, no se contempló tampoco que los abuelos, pudieran, a falta de los padres, ejercer la patria potestad.

3) CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.

El Código que se está estudiando, no manejó, de manera organizada, el contenido de la patria potestad; no hay que olvidar, que éste es un conjunto de deberes, obligaciones y derechos.

Regulaba el deber del hijo, de vivir en la casa del progenitor, que ejercerá la patria potestad, es decir, del padre y en forma substitutiva, el de la madre, o donde establecieran su domicilio legal. (Art. 234).

Como adoptó la tendencia de considerar a la patria potestad, como una autoridad paterna, reconoció al derecho de corrección, que correspondía al padre, una gran importancia, lo que se convirtió en un abuso marcado, que en nada beneficiaba al hijo, aún cuando se establecía, que el mismo debía ser, sin excesos; sin embargo, el mismo podía consistir hasta en un arresto, de uno a tres meses. (Arts. 235, 236, 237, 238 y 239).

Dicho Código tuvo varios errores, que determinaron una mala regulación de la patria potestad. Al hablar del deber de administración, lo hizo en el Título de la tutela, estableciendo que el padre, sería el administrador de los bienes del hijo (art. 247), recibiendo a cambio, el usufructo de los mismos, exceptuando aquéllos que el hijo hubiera adquirido por su trabajo, o le hubiesen sido donados o legados. (Arts. 240, 241, 242, 243 y 244).

Del deber de representación no dice nada, lo cual quiere decir, que no estaba regulado.

4) CUSTODIA.

La custodia, no fue regulada en el Título relativo a la patria potestad. El Código Civil para el Estado de Oaxaca de 1827, le dio importancia al tema, cuando se hablaba de divorcio y nulidad de matrimonio, lo cual es explicable, pues no puede entenderse a

la custodia, sin la posesión material del hijo, como ya se explicó en el Capítulo anterior, del presente trabajo.

Así, se dijo que durante la tramitación del divorcio, el padre como medida provisional, conservaría la custodia de los hijos, pero al decretarse sentencia ejecutoriada, que declarará el divorcio, la misma correspondería al cónyuge que hubiera obtenido sentencia favorable. Dicho criterio, se desprende de haber considerado a la patria potestad, como un derecho que corresponde al padre, pero aún con tal criterio, se permitió que oyendo a los familiares del menor, el juez adoptará otra medida, que beneficiará al menor no emancipado.(Art. 153, 160y 161).

Nada se dijo en relación a la nulidad de matrimonio. El Código que se está estudiando, no tiene ningún artículo en su contenido, que regulará la titularidad de la custodia en caso de hijos naturales, como lo hacen los artículos 380 y 381 del Código vigente para el Distrito Federal. Realmente, al no regularse, se creó una laguna, pues a disposición de quién permanecerá el hijo de los padres que no viven juntos, si ambos lo han reconocido o la filiación se ha establecido, por una sentencia que declare la paternidad.

B.- CODIGO CIVIL DEL IMPERIO MEXICANO DE 1866.

México, habla pasado por una época bastante difícil. El hecho determinante, habla sido la lucha por el poder, de la incipiente burguesía representada por los liberales, en contra de los conservadores y sus aliados externos. Los liberales estaban al frente de la lucha por la reforma, sin embargo, el 10 de abril de 1864, Maximiliano de Habsburgo aceptó la corona de México, apoyado por los conservadores. Así, empezó

a reinar en México una monarquía, la cual, no era adecuada para el país, después de haber luchado por una Independencia.

Maximiliano logró realizar junto con su equipo de trabajo, un Código Civil que correspondió al año de 1866, el cual, a continuación estudiaremos.

El tema de patria potestad fue regulado por el citado Código en su título VII.

1.- SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Se dijo que el sujeto a patria potestad, era el hijo legítimo y el natural reconocido (Art. 270 y 271).

Se le olvidó al legislador de la época, enumerar de igual manera al hijo adoptivo. Se desprende del Capítulo dedicado a los antecedentes históricos del presente trabajo, que desde Roma, un menor podía ser sujeto de adopción y en consecuencia de patria potestad.

2.- TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD.

Si el hijo era legítimo, el titular era el padre, pues, sigue conservando la idea de considerar a la patria potestad, como una autoridad que correspondía al padre, aún así, se le dio intervención a la madre y a los abuelos, a falta del padre, en donde primero se tomó en cuenta a los paternos y posteriormente a los maternos. (Art. 271).

Se dijo que la patria potestad, también podía ser ejercida sobre los hijos naturales, pero, el hijo de una unión incestuosa o adulterina, no podía ser reconocido por los padres, por lo tanto, no podía ser sujeto de patria potestad, en consecuencia, caía bajo la figura de la tutela.

Otro obstáculo, para que el hijo natural pudiera ser reconocido y así no ejercer sobre él la patria potestad, era que el reconocimiento debía ser hecho primero por el padre, antes de que el hijo cumpliera siete años de edad. (Art. 272).

No cabe duda, que tales disposiciones iban en contra de la verdadera esencia de la patria potestad y del beneficio del hijo. Hubiera sido suficiente con el hecho de reconocer al hijo, para el ejercicio de la patria potestad.

Como el padre era en principio, el titular de la patria potestad, también lo era en cuanto al ejercicio de la custodia, pero la madre, aún cuando no tuviera reconocida por la ley dicha facultad la ejercía, como hasta ahora.

3.- CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.

Se reguló en forma expresa el deber del padre, de proporcionar educación al menor y el deber del hijo, de permanecer en el domicilio del titular de la patria potestad. (Art. 273 y 274).

Le reconoció al titular, el derecho de emplear castigos para la corrección del hijo, que podían constituir un arresto, que se otorgaba en términos absolutos, es decir, no se exigía al padre, exponer los hechos, por los cuales empleaba tal recurso, ni la justificación de los mismos, sólo se le exigía cuando éste hubiera contraído nuevas nupcias, lo cual, implicaba que en estos casos, evidentemente podía existir abuso, lo cual es cierto, pero también podía existir, en el primer caso. (Arts. 275, 276, 277, 278 y 279).

Se manifestó, que el titular sería el representante legítimo y el único administrador de los bienes del hijo, conservando, por lo tanto, la propiedad, la

administración y el usufructo, sobre los bienes que se hubieran adquirido con caudal del mismo.

Si los bienes los había adquirido el hijo, por título lucrativo, o por su trabajo, en el cual hubiere intervenido el padre, éste último conservaría la administración y el usufructo. (Arts. 282 y 283).

Dentro del capítulo III, del mencionado título, se reguló lo relativo a las formas de acabarse, suspenderse y perderse la patria potestad, sin embargo, fue mal llamado al decirse "De los modos de acabarse la patria potestad", de donde deducimos, que existe un grave error, al haberse permitido que la madre, pudiera renunciar a la patria potestad, ya que no existe nadie como ella, para brindar cuidado y protección al hijo, aún cuando la patria potestad, caería sobre alguno de los ascendientes que se enumeraron con anterioridad. (Art. 296).

En cuanto a su ejercicio, el padre, mediante testamento, podía designar a la madre, uno o más consultores, que podían y debían intervenir en los actos, en que se hubiere dispuesto, sin lo cual, quedarían sin validez. No se reconocía a la madre, una capacidad plena, aún se le considera en esta época, como un ser inferior, el cual requería de alguien, para aprobar sus actos.

4.- CUSTODIA.

Hemos dicho con anterioridad, que el tema de custodia, es muy poco tratado en los Códigos como tal, e inclusive, no se le reconoce en algunos con ese término, sin embargo, su esencia, radica en el cuidado y vigilancia del hijo, lo cual adquiere verdadera importancia, cuando los cónyuges o progenitores, se encuentran en la

situación de una separación, lo que no permitirá, que el hijo quedará a disposición de ambos.

En el código del Imperio Mexicano, no se reconocía al divorcio, que rompe con el vínculo, sino únicamente la separación de cuerpos y habitación.

Así, cuando lo solicitaban, debían acompañar a su pedimento, la forma en que los hijos iban a permanecer, durante la separación, donde se incluía la custodia. (Art. 162).

Cuando los dos cónyuges no convinieran sobre esa separación, ante un juicio, se debía como medida provisional, resolver sobre la custodia y situación de los hijos menores, mientras que durará la tramitación. (Art. 172).

Una vez, que se declarará sentencia ejecutoriada, los hijos permanecerían al lado del cónyuge no culpable y si los dos lo fueran, a cargo de un tutor. Como regla general, el menor de tres años, quedaba siempre a disposición de la madre, pues se buscaba la mejor atención del mismo. Podía darse una excepción que permitiría al cónyuge culpable, ser titular de la custodia, para lo cual, se debería oír a los parientes mas cercanos del menor y considerando sus puntos de vista, se tomará otra decisión, todo en beneficio del hijo.

Por otro lado, si se declaraba la nulidad de matrimonio, se tomaba en cuenta la buena fe de los contrayentes, para determinar a favor de quien, quedaba la custodia. Los hijos varones, quedarían al lado del padre, si hubiera existido buena fe de ambos cónyuges y las hijas al de la madre, por lo que si no sucedía así, el único que actuó

con buena fe, tendría a su favor la custodia. Pero los menores de tres años, siempre permanecerían con la madre. (Art. 201).

C.- CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ DE 1868.

El tema de patria potestad, es tratado por el presente Código, en el Título Séptimo denominado "De la Patria Potestad", el cual a su vez, se subdivide en un capítulo denominado, "De los Efectos de la Patria Potestad, Respecto a la Persona de los Hijos" y otro "De los Efectos de la Patria Potestad, respecto de los Bienes de los Hijos".

1) SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Se dice, que estaban sujetos a la patria potestad, aquellos hijos menores de edad, legítimos o naturales, que hubiesen sido reconocidos, siempre y cuando existiera un titular que la ejerciera, de acuerdo a las disposiciones del mismo Código. (Arts. 342 y 343). Se le olvidó al legislador de Veracruz, contemplar en los mencionados artículos, al hijo adoptivo, el cual, también era sujeto de patria potestad.

La mayoría de edad seguía siendo a los 21 años.

2) TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD.

Dicho Código, es más amplio dentro de este campo, pues en principio y mientras el padre estuviera presente, o no hubiera muerto, era el único titular, sin que se permitiera el ejercicio conjunto, lo cual indica, que seguía reconociendo, que la patria potestad, era un poder de carácter paternal; sin embargo, hacía una lista que permitía, el que distintas personas se convirtieran en titulares, en caso de que el preferente no la ejerciera. Así, después del padre, seguía la madre, y a falta de ésta, el

abuelo paterno, posteriormente el materno y si no fuera así, la abuela materna y después la paterna (Art. 343).

La mujer, seguía considerándose en segundo término, reconociendo que la titularidad, primero debía ser ejercida por el hombre.

A pesar de que se amplió más el campo de ejercicio, se contempla dentro del capítulo denominado, "De los Modos de Acabarse o Suspenderse la Patria Potestad", la posibilidad de que la madre renunciará a la misma. Lo anterior, iba en perjuicio del hijo, toda vez, que nadie mejor, que los padres pueden ejercitar la función de la patria potestad. Se le olvidó al legislador, contemplar al hijo natural.

En relación a los hijos naturales, no hay disposición dentro del Código, que permitiera a los padres del hijo natural, convenir su ejercicio, cuando ambos progenitores no vivieran juntos, pues sólo la ejercía el padre; sin embargo, éste para poder ser titular, debía reconocer primero al hijo, antes que la madre y únicamente si el mismo no había cumplido aún siete años. (Art. 344).

Para que haya ejercicio de la patria potestad, debe haber reconocimiento, pero no es conveniente hablar de más obstáculos, lo cual no beneficiaba al hijo, si de antemano, se les discriminaba. Un hijo natural no podía ser reconocido por el padre, si era resultado de una unión incestuosa u adulterina, por lo tanto, el padre no podía ser titular de la patria potestad, lo cual era un error, pues en principio era el único que lo podía hacer y después, se le puso obstáculos para ejercerla.

En cuanto a la custodia, no se reguló la titularidad en caso de hijos naturales, como lo hace el Código Vigente para el Distrito Federal, por lo tanto, no se hizo

referencia a las hipótesis planteadas en los artículos 380 y 381 del mencionado Código.

3) CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.

Regulaba el deber de educación, lo cual, no fue hecho por el Código de Oajaca (sic) de 1827, señalando que como tal correspondería al titular de la patria potestad. (Art. 346).

Para que el padre o el titular de la patria potestad, pudiera cumplir con los deberes asignados por las leyes, se le otorgó el derecho de corrección, que podía consistir hasta en un arresto por seis meses, si el hijo era mayor de 16 años, permitiendo que el titular lo solicitará y se le otorgará, sin mediar justificación alguna, lo cual iba en perjuicio del hijo, de esa manera no se le corregía, por lo tanto, una vez, más se ponía en relieve, el poder del padre. (Arts. 347, 348, 349, 350, y 351).

El legítimo representante del menor era el titular de la patria potestad, por lo que, constitula un deber. (Art. 353 y 354), quién a su vez, era el administrador de todos los bienes, correspondiéndole, por lo tanto, como remuneración, el goce del usufructo total de aquéllos, siempre que el hijo, los hubiera adquirido con caudal de quien ejerce la patria potestad y o los hubiera adquiridos por título lucrativo, o por su trabajo, en el cual haya tenido participación el titular. (Art. 355). Una vez más, se destaca, que se resaltaba el interés del padre y no el del hijo, al establecer el goce total del usufructo, sobre ciertos bienes.

4) CUSTODIA.

No hay título o capítulo especial del tema, dentro del Código Civil, pero si es tratado en otros, que estaban relacionados al de los hijos.

Cuando se hablaba de divorcio se decía, que como medida provisional, el hijo podía quedar a disposición de cualesquiera de los cónyuges y una vez, ejecutoriada la sentencia, quedaría a disposición del cónyuge no culpable, ordenando que el hijo menor de tres años, permanecería con la madre. (Arts. 236 y 237).

Era injusto determinar, que la custodia correspondería al cónyuge inocente; el criterio que debió tomarse, dispone que debía ser a cargo del cónyuge más apto, para tal fin. Artículos posteriores regulaban la posibilidad de determinar algo diferente, siempre oyendo a los familiares del menor.

El criterio en caso de nulidad de matrimonio, era semejante al anterior. Se partía de la buena fe. Si sólo uno de los cónyuges había actuado de buena fe, a él correspondía la custodia; si ambos lo habían hecho, los hijos varones permanecerían con el padre y las niñas con la madre, sin olvidar que en principio, los hijos, sin importar sexo, hasta la edad de tres años, estarían a disposición de la madre. (Art. 272).

D.- CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO DE 1869.

Las disposiciones adoptadas por el presente Código, fueron como las señaladas en los anteriores Códigos, por lo que para evitar ser repetitivos, sólo enumeramos, lo que sea diferente o nuevo.

En cuanto a la titularidad, el artículo 294 no dio intervención en el ejercicio a la abuela materna ni a la paterna.

El deber de educación, debía ser dirigido por el titular, hasta que el hijo cumpliera catorce años de edad y de ahí en adelante podía disponer libremente sobre su profesión o carrera (Art. 297). Tal disposición no era correcta, pues el mencionado deber se extingue, cuando la patria potestad en su conjunto se termina, además es un deber-derecho bastante amplio y no contempla nada más, el hecho de dirigir a el hijo para el ejercicio de una profesión, como ya se dijo en capítulos anteriores.

Ya no se prohibió a los padres reconocer a los hijos incestuosos o adúlteros, lo cual fue correcto, porque los hijos no tienen porque sufrir calificativos, cuando los errores, los cometen sus progenitores, ni puede dejárseles desprotegidos, al contrario, debe buscarse la mejor manera para evitar su discriminación.

E.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS **DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870.**

EL Código desarrolla el tema en el Título Octavo.

"Es indudable que el Código de 1870 fue eminentemente liberalista y tradicionalmente individualista, fue uno más de los resultados del movimiento liberal del siglo XIX, del cual fueron expositores los franceses.

Sin embargo, podemos percatarnos que el legislador del 70 no le dio mayor importancia a la familia, pues la preocupación era proteger al individuo y no tomar en cuenta el interés social, el cual en la actualidad es y debe ser, el preponderante jurídico"⁸⁹

⁸⁹.- Guitrón Fuentesvilla, Julián. Ob. Cit. p. 98.

La vida política, del país en esa época, había acabado con una monarquía, que se quiso implantar y no triunfo gracias a los Liberales.

Benito Juárez, promulgó el mencionado Código, que dejaba sin efectos a los anteriores ordenamientos, que conservaban disposiciones similares a las reguladas por éste, como lo ordena el segundo artículo del mismo.

1) SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Se mantuvo la disposición, de que los hijos menores no emancipados, estaban bajo el ejercicio de la patria potestad. (Art. 390). No contempló a los hijos adoptivos.

2) TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD.

El artículo 391 estableció el orden, en que los ascendientes, podían ser titulares de la patria potestad, figurando el padre, después la madre, posteriormente los abuelos (art. 392), reconociéndoles, la posibilidad a éstos dos últimos de renunciar a esa titularidad; cuando los códigos ya estudiados, sólo permitían la renuncia de la madre, lo que provoco un atraso en la evolución de la figura de la patria potestad.

En cuanto a los hijos naturales, no hubo disposición que fuera diferente, respecto al ejercicio de la patria potestad o de la custodia, por el sólo hecho de ser hijos naturales; tampoco se permitió en relación a los mismos, convenio que estableciera, que los padres pudieran en alguna forma pactar en relación a la titularidad, como lo hace el Código Civil para el Distrito Federal.

3) DEL CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD

El artículo 424, ordenaba que los titulares de la patria potestad, debían proporcionar a los menores de edad no emancipados, una educación "conveniente", lo

cual indica, que el legislador contemplaba otra orientación de la patria potestad, concebiendola como función de orden público, irrenunciable e imprescriptible.

Cuando se refería al derecho de corrección, lo hacía más suavemente en comparación con otros Códigos citados en otros subcapítulos del presente trabajo. Ya no se hablaba de arresto, sino de la posibilidad de acudir a las autoridades competentes, para que ayudarán en la aplicación de la medida a tomar y vigilar que fuera con mesura y contemplación. (art. 396y 397).

El padre era el legítimo representante del hijo, así como el administrador de los bienes de éste.

El Código enumeró cinco clases de bienes, con disposiciones distintas. En los donados por el mismo padre, éste tenía la administración, más el 50 % del usufructo; sin embargo, el padre podía establecer otro porcentaje menor en favor del hijo (Arts. 401 y 402).

En bienes donados por la madre, abuelos, parientes colaterales o personas extrañas, así como los debidos a el don de la fortuna, el padre conservaba la administración y el 50 % del usufructo, pero podía renunciar a uno o a ambos a favor del hijo. (Arts. 401 y 403).

En los bienes adquiridos por el hijo gracias a su trabajo, el padre no tenía ningún derecho. (Arts. 401 y 404). Por primera vez, le correspondió al padre 50% del usufructo sobre los bienes del hijo, lo cual constituyó una disposición adecuada. La patria potestad se da en función del hijo, no del padre.

4) LA CUSTODIA.

Se dispuso que los cónyuges, podían pedir la separación de lecho y habitación; lo cual significa, que no vivían en el mismo domicilio, por lo que se estableció que junto con la solicitud, se acompañará por escrito, todo aquello que se relacionará a la situación de los hijos, de lo que se desprende, por lo tanto, que podían convenir, a quien de los dos le correspondería la custodia. (Art. 248).

Ante la posición de los progenitores de solicitar el divorcio, como una medida provisional, el hijo podía quedar a disposición de cualquiera de los cónyuges. Una vez que la sentencia declaratoria del divorcio hubiera causado ejecutoria, los hijos pasaban al cuidado del cónyuge inocente. Dicho criterio no permitía se tomará en cuenta, la mejor aptitud y posibilidad de alguno de los cónyuges, para el mejor ejercicio de la custodia, lo cual, no beneficiaba al hijo. Artículos posteriores, permitieron que el Juez oyendo a los familiares del menor dispusiera otra cosa.

A pesar de lo anterior, el cónyuge culpable, conservaría una esperanza, al señalar el Código, que ante la muerte del inocente, podría recuperar el ejercicio de la custodia, sólo si la causal que dio origen al divorcio se encontraba en las enumeradas por el mismo. (Art. 271).

Otro tema que adquiriría importancia hablando de custodia, era la nulidad de matrimonio, que traía como consecuencia, que los padres se separarán; de ahí, que se dijo que si los padres hubieren actuado de buena fe, los hijos varones quedarían a disposición del padre, mientras que las hijas, al cuidado de la madre, sin olvidar, que no importando el sexo de los menores de tres años, siempre permanecerían, al lado de la madre. (Arts. 306, 307 y 308).

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

F.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS
DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884.

Las disposiciones de este Código, son iguales a las establecidas en el Código Para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1870, únicamente cambia la numeración de los artículos, de hecho no hay reforma en relación al tema.

Con el fin de evitar ser repetitivos, remitimos a los lectores a el subcapítulo anterior.

G.- LEY DEL DIVORCIO DE 1914.

Esta ley fue dada en Veracruz en el año de 1914, gracias a la preocupación de Venustiano Carranza, por resaltar la importancia de la familia y de destacar la necesidad de una reglamentación autónoma para la misma.

Hasta antes de esta ley, se había considerado al divorcio, únicamente como una mera separación de lecho y habitación, lo que no permitía a los cónyuges, volver a contraer matrimonio o faltar a su deber de fidelidad.

La realidad social fue cambiando, exigiendo nuevas reglas que fueran compatibles con la misma. El que legalmente los cónyuges que se habían separado, no tuvieran la oportunidad de volver a contraer nupcias, ocasionó que muchas parejas vivieran en uniones ilegítimas y como consecuencia, hubiese hijos, a los que se calificaba de naturales.

La nueva ley, dispuso que el divorcio era el medio, por el cual, el vínculo del matrimonio, podía acabarse y poner a los divorciantes en aptitud de poder contraer un nuevo matrimonio y así consolidar una familia dentro del derecho. Se dijo que el

divorcio, así, podía lograrse por mutuo consentimiento o por causas graves que determinaren los consortes, de ahí, " que si bien la aceptación del divorcio que disuelve el vínculo es el medio directo de corregir una verdadera necesidad social, debe tenerse en cuenta que sólo se trata de un caso de excepción , y no de un estado que sea la condición general de los consortes ya irreparable en forma que no sea su absoluta separación".⁹⁰

"Fue muy acertada la protección hondamente social de esta ley, al regularizar atinadamente a la sociedad y a la familia, pues se estaban promiscuyendo alarmantemente por el concubinato, por la proliferación de los hijos ilegítimos y por el amargo resabio dejado por una legislación que había bloqueado el camino para formar nuevos hogares legítimos, en armonía con la dignidad humana".⁹¹

La nueva medida tomada por esta ley, dio otra orientación, que determinó, que ante el divorcio por mutuo consentimiento, los cónyuges presentarán junto con su demanda, un convenio, que tuviera por objeto, regular la situación de los hijos, es decir, que se regulará entre otras cosas, a quién de los cónyuges, iba a pertenecer la custodia, toda vez, que las demás obligaciones como la de dar alimentos, quedaban subsistentes para los cónyuges, pues la patria potestad sólo se perdía por la causas enumeradas en el Código de 1884.

Por otra parte, si la separación de los progenitores era totalmente definitiva, la patria potestad sólo era ejercida por uno de ellos, pues el cónyuge culpable la perdía,

⁹⁰ - Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia. Tomo II. Editorial Porrúa. México 1987. p. 430.

⁹¹ - Guitrón Fuentesvilla, Julián. Ob. Cit. p. 103.

lo cual, quiere decir, que una vez más, a pesar de la constante lucha por lograr que la patria potestad sea en beneficio del hijo, se le privaba del ejercicio a uno de los padres, sin verificar, que quizás él, constituía la persona mejor indicada, para ejercer la patria potestad.

H.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

La promulgación, de esta ley, tuvo como objeto principal, olvidar el individualismo que reino durante los anteriores Códigos. Un socialismo profundo, se sentía en el país, gracias a Venustiano Carranza, lo que dio origen a esta nueva ley, que como la del divorcio, se caracterizó por ser autónoma, aún cuando seguía vigente el Código de 1884.

Julián Gultrón Fuentevilla, señala que la estudiada ley "fue un gran adelanto en su época y sobre ella se hubiera podido crear el Código Familiar Federal, que tanta falta le hace a nuestro pueblo, para su mejor proyección social y protección integra".⁹²

1) SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.

El artículo 240 de la citada ley, disponía que eran sujetos de patria potestad, los hijos legítimos, los naturales reconocidos y los adoptivos.

Era preciso el mencionado artículo, toda vez, que no dejaba duda, de quienes eran sujetos de patria potestad, enumerando en forma expresa, que también los hijos adoptivos, eran sujetos de ella, lo que no había hecho otro Código, de los ya estudiados.

3) TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD.

⁹² - Ibid. p. 104

Esta ley, estuvo en vigor en el presente siglo, lo que le permitió estar orientada por otros principios y otros ideales que se buscaron a partir de la Revolución Mexicana de 1910.

La mujer empezó a tener mayor participación en la vida jurídica, en la política y en la familiar.

Una titularidad conjunta se manifestó. El padre y la madre ejercieron al mismo tiempo, la patria potestad y a falta de éstos, los abuelos paternos conjuntamente y en forma consecutiva, los maternos. (Art. 241).

No hubo regulación especial para el caso de hijos naturales.

A pesar de la nueva orientación, que inspiraba a esta ley, los abuelos y abuelas, podían renunciar a la patria potestad. (Art. 264). La madre no podía hacerlo, lo cual fue un logro; pero no completo, toda vez, que la renuncia a la patria potestad, se seguía regulando y permitiendo, sin entender que la misma, no puede ser renunciante.

3) CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.

Dentro del capítulo destinado a la patria potestad, se reguló el deber de educación y el derecho de corrección. (Arts. 243, 244 y 245).

Al reconocer el ejercicio conjunto, ambos titulares, representaban al menor. (Art. 246 y 247).

El administrador de los bienes era el padre, requiriendo el consentimiento de la madre, en actos realmente relevantes. Tal disposición, olvidó que el ejercicio era conjunto, dando únicamente facultades al padre. (Art. 248).

La mencionada ley, quiso, dentro de las novedades contempladas, olvidarse de la institución de los peculios, por lo tanto, no clasificó los bienes del menor, sólo se dijo que le correspondería al padre, a cambio de la administración, el 50 % del usufructo de los mismos.

4) CUSTODIA.

En el capítulo XVI, de la patria potestad, no hay disposición relativa a la custodia.

Al hablar de divorcio por mutuo consentimiento se reafirmó el contenido de la Ley del Divorcio de 1914, por lo que los cónyuges debían presentar un convenio, para regular la situación de los hijos menores de edad no emancipados, para determinar, quien ejercería la custodia.

Ante un procedimiento, que tuviera por objeto decidir acerca de un divorcio de carácter contencioso, las reglas a seguir eran semejantes a las estudiadas en los Códigos anteriores, de ahí, que la única diferencia era que los menores de cinco años, siempre estarían con la madre. La edad, por lo tanto, cambia a la de cinco, en lugar de tres. Seguramente esto obedeció a que se buscaba una mayor protección del hijo, pues la madre por naturaleza, es más atenta y capacitada, para brindar cariño y cuidado a un pequeño.

I.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS

FEDERALES DE 1928.

El presente Código, ha regulado la vida jurídica de la familia, hasta la actualidad, el cual, ha sufrido reformas, pero insignificantes, tomando en cuenta que la

situación del país en 1928, a la presente, ha cambiado en gran medida. Las necesidades varían, por lo tanto, las leyes deben cambiar y atender a la realidad.

Durante los últimos años, los estudiosos del derecho han propuesto grandes modificaciones al tema de familia, reconociéndose así, la autonomía del derecho familiar, pronunciándose en favor de la creación de instituciones especiales dentro de ese campo.

Al tratar la naturaleza jurídica de la patria potestad, se dijo como el Código Civil vigente para el Distrito Federal la ha regulado, por lo que, ahora nos dedicaremos a destacar las nuevas aportaciones del mismo, en relación a la anterior legislación y a resaltar algunos puntos de vista, que están relacionados con el contenido de los artículos 416, 417, 380 y 381 en su redacción original del 28 y la de hoy, después de la reforma de los dos últimos, llevada a cabo en el año de 1971.

Los artículos 415, 416, 417, 418 y 419 son totalmente nuevos en el Código de 28. Dichos preceptos regulan principalmente el ejercicio de la patria potestad de los hijos naturales, lo que no había sido hecho por los ordenamientos estudiados, en el presente capítulo.

El artículo 415 ordena, que si ambos progenitores, reconocen al hijo y viven juntos, ambos ejercerán la patria potestad, lo cual es correcto, pues lo esencial en los casos de hijos nacidos fuera de matrimonio, para establecer la filiación y en consecuencia ejercitar la patria potestad, es el reconocimiento del hijo menor o la existencia previa de una sentencia que declare la paternidad. El mencionado precepto remite a los artículos 380 y 381, para el caso en que dichos progenitores, no vivieran

juntos, lo que constituye una nueva hipótesis. La redacción original del 380 publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 26 de mayo de 1928, citaba una serie de hipótesis, en las cuales se disponía, a quien de los progenitores, correspondería el ejercicio de la patria potestad, lo mismo hacia el artículo 381. De lo anterior, se desprende que se regulaba la posibilidad de que los progenitores, convinieran a quien de ellos correspondía, la titularidad de la patria potestad. Fue gravísima tal disposición, pues se le olvidó al legislador de '28, que el contenido del artículo seis, del mismo Código, establece que ante disposiciones de orden público, los particulares no pueden celebrar convenio alguno. La patria potestad, actualmente es una función de orden público, por lo que no reconoce que las personas sujetas a esa relación puedan convenir; además de que se lesiona altamente al menor de edad no emancipado.

Durante el estudio, que se realizó, para dictar nuevas reformas al Código Civil, se notó el error y se cambió el término de patria potestad, por el de custodia, entonces, la redacción si era idónea, pues ante el caso de que los padres del menor, no vivan juntos, alguno de ellos, debe entenderse directamente de su cuidado y vigilancia.

El artículo 416, por su parte dice, que ante los casos planteados por los artículos 380 y 381, si uno de los progenitores deja de ejercer la patria potestad, el otro entrará en su ejercicio. Todo parece indicar que al legislador, le encanta analizar las disposiciones del Código en forma aislada, sin tomar en cuenta todo lo relativo a las mismas, dejando a un lado la interpretación de la ley. Así, el contenido del 416 resulta inoperante, toda vez, que el mismo, no fue reformado al mismo tiempo, que los artículos 380 y 381 y sigue hablando de patria potestad y no de custodia.

El artículo 417, por su parte, señala que si los padres de un hijo natural, vivían juntos, pero deciden separarse, ambos podrán convenir acerca del ejercicio de la patria potestad, olvidando, nuevamente, el contenido del artículo seis, ya mencionado.

El 418, da una muy buena aportación, al disponer que a falta de los progenitores del hijo, podrán ser titulares de la patria potestad los abuelos paternos o los maternos, de acuerdo a las necesidades y beneficio del hijo.

Decimos que es un gran logro, porque no establece un orden determinado, lo que constituye que sean los ascendientes más adecuados, los que entren al ejercicio de la patria potestad.

En el texto original de '28, cuando se hablaba de divorcio, se decía, que el cónyuge culpable, perdía la patria potestad, sin la posibilidad de volver a ejercitarla, excepto cuando el cónyuge inocente muriera y se estuviera ante la presencia de las causales enumeradas en el artículo 267, contadas a partir de la fracción IX a la XVI, las cuales no eran consideradas tan graves, como las otras no contempladas, ahora, se dice, después de algunas reformas, que el juez deberá decidir en cuanto a la patria potestad y en cuanto a la custodia, de acuerdo a las circunstancias del caso y atendiendo al beneficio del menor, lo que permite que el cónyuge culpable, este en posibilidades de ejercer la patria potestad, si eso es lo mejor para el hijo, aún cuando el artículo 444 sigue señalando que el divorcio es una causa de pérdida de la patria potestad.

Una aportación verdaderamente importante del Código de '28, es la relativa a la abrogación de la disposición que determinaba la facultad de renunciar a la patria potestad, regulando así, dos casos en los cuales los titulares pueden excusarse.

J.- CODIGO CIVIL DE ZACATECAS DE 1987.

1) SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD.

El artículo 371, establece, que los hijos menores, no emancipados, serán sujetos de patria potestad, siempre y cuando exista un ascendiente, que conforme al mismo Código esté en posibilidad de ejercerla; de otro modo, el hijo caería en la institución de la tutela.

2) TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD.

Si se trata de hijos legítimos, la titularidad es conjunta, es decir el padre y la madre podrán ejercerla y a falta de estos, los abuelos paternos y por último los maternos. (Art. 374)

Si el hijo es adoptivo, la titularidad es conjunta, cuando ambos cónyuges lo hayan adoptado o sólo por quien lo haya hecho. (Art. 376 y 377).

Al hablar de hijos naturales, se requiere del previo reconocimiento de los padres, así, si ambos viven juntos, los dos la ejercerán, pero si viven separados, será titular, quién lo haya reconocido primero. (Art. 375). Dicha disposición es semejante a la contenida en los artículos 380 y 381 del Código vigente para el Distrito Federal, donde se trata el tema de custodia y no de patria potestad.

El Código vigente para el Distrito Federal, señala que si vivían juntos, pero se separan, ambos podrán convenir sobre la titularidad, lo cual ya no es posible, dado que la patria potestad, es una función de orden público.

3) CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.

El citado Código, sólo hace referencia dentro del capítulo de patria potestad, al deber de educación y al derecho de corrección nada más. (Art. 380 y 381).

Da intervención al Ministerio Público, para que vigile el debido y correcto cumplimiento de la patria potestad. (Art. 382).

4) CUSTODIA.

El apartado destinado a la regulación de la patria potestad, no hace mención de la custodia.

CAPITULO CUARTO

V. MODIFICACION A LOS ARTICULOS 416 Y 417 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CON RELACION A LA REFORMA DE LOS ARTICULOS 380 Y 381 PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 24 DE MARZO DE 1971.

A. DIFERENCIA ENTRE PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA.

Quando se trató el tema relativo a la Naturaleza Jurídica de la patria potestad y custodia, se concluyó, que la primera es una función pública, que debe cumplir con la protección y defensa de la persona y bienes del menor no emancipado, buscando su desarrollo integral e interés. De ahí, que se integre por un conjunto de deberes, obligaciones y derechos, que corresponden tanto al titular, cuanto al menor, que son sujetos de esa relación jurídica.

La patria potestad tiene características propias, sin las cuales no podría cumplir con esa función pública, por lo tanto, las estudiaremos en el presente capítulo, para determinar la esencia de nuestra tesis.

La patria potestad deriva de la filiación, -incluida la adopción,- por lo que, sólo pueden ser titulares los padres y en defecto de éstos los abuelos. Cuando nos referimos a los hijos nacidos fuera de matrimonio, es importante destacar que los

progenitores deben reconocer al menor, o bien existir una sentencia definitiva que declare la paternidad, de otra manera, no podrá surgir la patria potestad.

En el mismo capítulo de la naturaleza jurídica de la patria potestad, se determinó, que su contenido, es un conjunto de deberes, obligaciones y derechos, en el cual, se encuentra uno, que es esencial y de los más importantes -la custodia-; que funciona como un deber-derecho recíproco, entre los sujetos de esa relación jurídica.

Después de analizar el concepto de custodia, concluimos que sus elementos esenciales son: el cuidado y vigilancia del menor; lo cual implica a su vez, un desglose de otros deberes y derechos, que forman parte de la misma, ya estudiados en su oportunidad, en el presente trabajo.

La diferencia radical entre patria potestad y custodia, consiste, en que la primera es el género, es la función que dentro del derecho de familia, busca el beneficio del menor y dentro de su contenido, se localiza la custodia, como una parte integral de aquélla y resulta ser, una de las principales. De este modo, la custodia es un deber-derecho, que se desprende de un todo. Por lo tanto, existen otros deberes, obligaciones y derechos, que también son parte de esa masa.

Puede ocurrir, que sólo uno de los cónyuges, conserve la custodia del menor, lo que no implica, que el otro, haya perdido la patria potestad, ya que hubo sólo desmembramiento de uno de los deberes-derechos, que la constituyen, permaneciendo vivos los demás. En este supuesto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene "cuando en el juicio natural se hace declaración sobre la custodia de los hijos menores, como consecuencia de medidas provisionales, la declaratoria que concede la custodia

en favor de alguno de los padres, no implica para quien no la obtuvo, la pérdida de su derecho a ejercer la patria potestad, pues es materia de la sentencia definitiva que se dicte en el juicio correspondiente"⁸⁷

Lo que implica, que para que, uno de los progenitores, pierda la patria potestad se requiere que una sentencia, así lo declare, además, que exista una de las causas, que para el efecto, declara el Código Civil. No hay que olvidar, que la pérdida perjudicaría al hijo, por lo que estamos de acuerdo en la acertada posición del Doctor **Julián Guitrón Fuentevilla**, cristalizada en la vida jurídica de los hidalguenses, con su Código Familiar, al no regular la pérdida de la patria potestad e incluir la figura de la suspensión temporal del ejercicio, para aquellos casos, en que el progenitor se haga merecedor de una sanción, por no cumplir adecuadamente con esa función. La motivación de lo anterior, consiste, en que "es más grave, perder el hijo a su padre o el padre al hijo. Quizá el legislador y esa es una de la fallas que debemos señalar la pérdida de la patria potestad, no tomó en cuenta al hijo y consideró fundamentalmente a la sanción hacia el padre, pero vale la pena reflexionar: perder la patria potestad significa perder al padre o a la madre y como declamos, y es nuestro punto de vista, pierde más el hijo que el padre. ¿Por qué?. Simplemente porque el hijo no tendrá la orientación, la formación, los requerimientos necesarios, para hacer de él un ciudadano de bien".⁸⁸

⁸⁷.- Amparo en Revisión 412/88. Salvador Armando Aguilar y Lara. 18 de Noviembre de 1988. Unanimidad de votos, Ponente: Oscar Vázquez Marín. Secretario: José Ignacio Valle Oropeza.

⁸⁸.- Guitrón Fuentevilla, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar?. p. 139.

La Legislación argentina al respecto, merece una crítica, toda vez, que el artículo 264 de su Código Civil, señala "en caso de separación de hecho, separación personal, divorcio o nulidad de matrimonio, el ejercicio de la patria potestad corresponde al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener una adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación".⁸⁹

En un primer punto, es inadecuado disponer que sin causa justificada, pueda un cónyuge, hacerse acreedor a la pérdida de la patria potestad, por no ejercer la custodia, lo que no constituye, causa suficiente para tal circunstancia, por lo tanto, se afectaría gravemente al hijo. Existe una contradicción, porque se dice, hay pérdida de la patria potestad y a la vez, se deja vivo el derecho de supervisar la educación del menor, lo cual, sería imposible, si hubiera pérdida.

Es importante no confundir custodia, con patria potestad, pues aún cuando uno de los cónyuges, no conserve la custodia, el mismo puede ejercer entre otros, el derecho de convivencia y así cumplir con los demás deberes, obligaciones y derechos que permanecen vivos, porque el derecho de convivencia -que no de visita,- deriva de la relación jurídica que significa la patria potestad.

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dispone: "como el derecho de visitar a los hijos deriva de la patria potestad como inherente a ella, y no se trata de un derecho absoluto, que derive exclusivamente de la filiación, sino que requiere la existencia de la patria potestad, al perderse la patria potestad debe perderse también el derecho de visitar al menor, pues sería contradictorio que un progenitor que no ha

⁸⁹.- Borda, Guillermo A. Ob. Cit. p. 121.

cumplido con sus obligaciones respecto al hijo conservara el derecho de visitarlo libremente".⁹⁰

Como podemos observar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, utiliza el término de "visita", cuando en realidad debe referirse al derecho de "convivencia".

En consecuencia, no tener la custodia, no implica la pérdida de la patria potestad, toda vez, que son figuras diferentes. La custodia no podría ser, sin la previa existencia de la patria potestad; sin embargo, los demás deberes, obligaciones y derechos, que constituyen la patria potestad, sí subsisten, aún cuando no lo sea la custodia.

Debido a lo anterior, si el esposo que conserva la custodia, desea llevar a los menores fuera del país, requerirá necesariamente el permiso del otro cónyuge por escrito, pues, aún conserva la patria potestad sobre ellos.⁹¹

No podemos, entonces, confundir la custodia, con la patria potestad.

B. CARACTERES ESENCIALES DE LA PATRIA POTESTAD.

La esencia de la naturaleza jurídica de la patria potestad, requiere de ciertas características, sin las cuales, no tendría razón de ser.

Las cuales, se definen, al señalar, que es de orden público, intransferible, imprescriptible e irrenunciable.

1) DE ORDEN PUBLICO.

⁹⁰.- Amparo Directo 5878/87. Ariela Katz Kenner. 9 de diciembre de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ausente Ernesto Díaz Infante. Ponente: José Manuel Villagordo Lozano. Secretario: Miguel Cicero Sabido.

⁹¹.- Guitrón Fuentevilla, Julián. Ob. Cit. p. 219.

Con la evolución marcada, que en los últimos años, ha tenido la patria potestad, se logró que las legislaciones del mundo, le reconocieran, sin duda alguna, la característica de ser de orden público; así ocurrió en Francia, donde, en forma expresa, así se determinó.

José María Castán Vázquez, jurista español, afirma en su estudio realizado a las reformas de la patria potestad en Francia, del año de 1970, "en la misma línea se había situado la jurisprudencia, declarando que los derechos de la patria potestad son de orden público y no pueden ser modificados por convenciones particulares hechas en el contrato de matrimonio o por los padres o el menor con un tercero, convenciones que serían radicalmente nulas.

El nuevo artículo 376, pues, recoge y confirma esos criterios ya difundidos en Francia".⁹²

Al decir, que la patria potestad es de orden público, se confirma "que la familia, la sociedad y el Estado, tienen interés en la adecuada formación de los menores".⁹³

El derecho mexicano, no señala expresamente dentro de su codificación civil, que la patria potestad sea de orden público, pero se desprende, en el momento, de que el artículo 448 del Código Civil vigente para el Distrito Federal señala, que NO es RENUNCIABLE.

¿Qué es el orden público?. En un sentido general, es " el estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad. Esta idea está asociada con la noción de paz pública, objetivo específico de las medidas de gobierno y policía".⁹⁴

⁹².- Castán Vázquez, José María. "La Reforma de la Patria Potestad en el Derecho Francés". p. 984

⁹³.- Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. p. 677.

Dicha definición, no se aplica en el campo del derecho. La técnica jurídica, ha utilizado otra noción, que define el orden público, como el "conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (no está bajo el imperio de la autonomía de la voluntad) ni por la aplicación del derecho extranjero".⁹⁵

Para **Chávez Ascencio**, el orden público "se constituye con los ideales y principios fundamentales sobre los cuales reposa la integración social. Estos principios fundamentales son de diversa índole, así podemos encontrar ideales y principios sociales, políticos, culturales, morales, económicos y religiosos cuya conservación y promoción en el derecho se ha creído necesario mediante su incorporación en la norma. Así, el orden público se puede calificar según sean los ideales sociales que se incorporen a la norma".⁹⁶

En nuestra opinión, es más preciso **Ignacio Galindo Garfias**, cuando se refiere al orden público, resaltando sobre todo, el hecho de "garantizar".

"El orden público, es la expresión del interés social, y aunque desde ese punto de vista, el grupo social está interesado en que todas las normas jurídicas se cumplan, existen preceptos legales que no pertenecen al derecho público sino que forman parte del Derecho Privado, pero que tienden a garantizar los principios que se consideran básicos, esenciales para la organización del grupo social.

⁹⁴ - Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Mexicano. I-O. Editorial Porrúa. México 1988. p. 2279.

⁹⁵ - Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ob. Cit. p. 2279.

⁹⁶ - **Chávez Ascencio, Manuel F.** La Familia en el Derecho. Convenios Conyugales y Familiares. Editorial Porrúa. México 1991. p. 34

En efecto, las leyes de orden público, tienen una fuerza imperativa absoluta (Jus Cogens), son irrenunciables por voluntad de los particulares y los sujetos destinatarios de una norma contenida en la ley, no gozan de la libertad que les permita, en la celebración de un acto jurídico, prescindir de la aplicación de un cierto precepto legal cuando éste es de orden público, se impone inexorablemente a los destinatarios de la norma por encima de la voluntad de éstos, bien prohibiendo o bien ordenando, sin posibilidad de eludir esa orden, la celebración de un acto o la forma en que éste debe ser realizado y ejecutado".⁹⁷

Sean ideales; principios o normas, no pueden alterarse por voluntad de los particulares. Lo esencial es garantizar que los mismos se cumplan, como lo ordena la ley.

De acuerdo a lo anterior, el Derecho Familiar, constituye un conjunto de ideales, que lo califican dentro del orden público, toda vez, que es de gran importancia, que los mismos se conserven; de lo contrario, se perderían, se lesionaría gravemente a la familia y en consecuencia a la sociedad, que tiene como unidad fundamental, a la misma. Así, el Estado debe estar interesado en conservar los ideales de la sociedad. Mantener una familia unida, garantiza una sociedad completa y ajena a toda desintegración.

"Las normas de derecho familiar o patrimonial (reconocidas como de derecho privado), tienen principalmente un carácter público, en el sentido de que son indispensables para lograr la sinergia social y mantener la interdependencia humana.

⁹⁷.- Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. p. 131.

La organización jurídica de la familia, cualquiera que sea el papel que desempeña en una organización social, y aún en los casos en que su importancia y trascendencia se vea reducida por determinado derecho positivo, siempre será una institución de orden público y de evidente interés social".⁹⁸

Mucho se ha controvertido, si las normas de orden público pertenecen en exclusiva al campo de derecho privado o al público. Lo importante, no es determinar ese punto, sino destacar la necesidad de protección, lo que tiene, como consecuencia, que ante una disposición de orden público, no se pueda realizar un acto contrario a lo dispuesto en la norma, de esta forma, resulta aplicable el contenido del artículo ocho del Código Civil:

"Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de *interés público* serán nulos, excepto en los casos que la ley ordene lo contrario".⁹⁹

La consecuencia, es que la contravención al orden público, está afectada de nulidad.

Si el derecho familiar, es un conjunto de normas de orden público, lo son también as reguladoras de la patria potestad, toda vez, que la misma está dentro del derecho familiar, conservando ideales o principios, que no pueden ser contravenidos, pues han sido recogidos por la norma para su protección, por lo tanto, la patria potestad

⁹⁸ - Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Primero. Editorial Porrúa. México 1987. p. 259.

⁹⁹ - Código Civil Para el Distrito Federal. p. 46.

es una función, regulada por un conjunto de normas calificadas de orden público y lo contrario a ellas será calificado como ilícito y en consecuencia operará la nulidad.

Existe un interés fundamental por parte del Estado, para que dichas normas se cumplan como tales, de lo contrario estaríamos lesionando los intereses del menor.

El artículo seis del Código Civil determina:

*“ La voluntad de los particulares no puede eximir la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no afecte derechos de terceros”.*¹⁰⁰

Por lo tanto, si la patria potestad, es una disposición de orden público, no puede ser objeto de convenio entre particulares, no se permite la aplicación de la autonomía de la voluntad, por medio de la cual, los particulares, puedan convenir, lo que a su derecho convenga.

De la redacción del artículo desprendemos que el término utilizado es el de **“interés público”** y no así el de **“orden público”**.

Consideramos, que ambos se refieren a lo mismo, por lo que, se emplean indistintamente.

Para **Chávez Asencio**, son términos distintos. Presumiendo, que ante el **“orden público”**, se está en presencia de un interés nacional, y que el **“interés público”** atiende

¹⁰⁰.- Loc. Cit..

al de un grupo determinado.¹⁰¹ Pero si hablamos de un interés de grupo, por ejemplo, la familia, ello no quiere decir, que el mismo no importe a la nación, sino al contrario, es el Estado, quien busca su conservación y protección.

Al mismo tiempo, señala, que no puede calificarse simultáneamente, de "orden público" y de "interés público", porque un concepto, excluye al otro.¹⁰²

Sin embargo, primero afirma que el derecho familiar, es de orden público, porque en "sus normas incorpora ideales morales, religiosos y culturales, como son las tradiciones propias del núcleo familiar, que hacen al matrimonio y a la familia necesarios para la integración y desarrollo del país".¹⁰³ En segundo lugar, menciona que el interés social, también se encuentra dentro del derecho de familia.¹⁰⁴

Es lógico que cae en contradicción. No determina claramente, si en efecto, el derecho familiar es o no de orden público.

Definitivamente, no existe diferencia en los términos ya mencionados, lo que nos permite señalar, que la patria potestad, es una función de orden público, regulada dentro del derecho familiar, que reclama a gritos su autonomía, desprendiéndolo, así, del derecho civil y otorgándole una legislación propia, como la que se ha logrado para el estado de Hidalgo.

2) INTRANSFERIBLE.

"La patria potestad tiene su origen en la relación paterno-filial y primordialmente, su causa es el hecho de la generación, de manera que solo ésta circunstancia

¹⁰¹ - Chávez Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Convenios Conyugales y Familiares. p. 37

¹⁰² - Chávez Ascencio. Manuel F. Ob. Cit. p. 37.

¹⁰³ - Ibid. p. 35

¹⁰⁴ - Ibid. p. 37

determina su nacimiento y permanencia, por lo que *no* es admisible ningún acto o negocio por el cual se pueda **transferir** a otra persona".¹⁰⁵

Lo que significa, que si el titular no es apto de acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal, para ejercerla, no podrá, en ningún momento, transferir ese conjunto de deberes, obligaciones y derechos a otra persona. El Juez de lo Familiar, será quien asigne al nuevo titular, en los casos de pérdida, suspensión o excusa, siguiendo las reglas del mismo Código.

De ahí, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, atinadamente reconozca que "los derechos familiares, como son los inherentes a la patria potestad, son **intransmisibles**, en virtud de que se conceden legalmente tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la relación jurídica entre padres e hijos menores de edad, aunando lo anterior al carácter de **Interés público** que existe en esos derechos; lo que produce, como consecuencia, la nulidad en caso de que se estipule lo contrario".¹⁰⁶

3) IMPRESCRIPTIBLE.

Si la patria potestad, es de orden público, la misma no puede transmitirse, ni ser imprescriptible. No puede, por el transcurso del tiempo, una persona adquirir la titularidad de la patria potestad, toda vez, que únicamente, lo pueden ser, los así señalados por el Código Civil. Tampoco es posible, que por el transcurso del tiempo, un

¹⁰⁵.- Ruiz Serramalera, Ricardo. Ob. Cit. p. 368.

¹⁰⁶.- Amparo Directo. 7020/86. María Luisa Rosas Vivala de Valdez y otro. 3 de diciembre de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ernesto Díaz Infante. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Secretaria: Hilda Cecilia Martínez González.

titular deje de serlo, cuando la patria potestad es una función, con la cual, se debe cumplir, excepto que se esté ante un caso de pérdida, suspensión o excusa.

4) IRRENUNCIABLE.

Si la patria potestad es de orden público, no puede ser renunciable. Expresamente el artículo 448 del Código Civil, así lo establece. Este fue uno de los logros más importantes, que incluyó el legislador del '28. Los Códigos anteriores, erróneamente, reconocía a la madre y abuelos la facultad de renunciar al ejercicio.

Tal característica, se confirma con la redacción del artículo seis, que establece, que los derechos privados no son renunciables, si afectan el interés público o los derechos de terceros.

C.- PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA EN EL CODIGO FAMILIAR DE HIDALGO DE 1983.

El Código Familiar de Hidalgo, es uno de los más preciados logros realizados en la legislación de un Estado de la República. Se cristalizó permitiendo, a Hidalgo, tener una legislación propia para la familia, con independencia de la legislación civil, es decir, del Código Civil.

Así, en su exposición de motivos, se resalta la importancia, que tiene la familia.

"Una legislación familiar para el estado de Hidalgo, pondrá las bases de una nueva sociedad, derrumbando mitos y creando nuevas estructuras estatales para proteger a la familia, a los niños, a los inválidos y a los ancianos..."¹⁰⁷

¹⁰⁷ .- Guitrón Fuentesvilla, Julián. Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. México. 1983. p. 19

Sería impropio no señalar, que el mencionado Código, fue elaborado por la persona que más atención, dedicación y lucha, le ha brindado en su estudio, protección y defensa a la familia -al Doctor **Julián Guitrón Fuentevilla**-, quien acertadamente, ha puesto de manifiesto, la verdadera esencia e importancia, que requiere el derecho familiar.

Por lo tanto, la regulación de patria potestad y custodia, en dicho Código ha manifestado la verdadera naturaleza jurídica de cada una de ellas y les ha dado una adecuada normatividad, evadiendo los errores, en los cuales, el legislador del '28 incurrió, en relación al Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 232 del Código de Hidalgo, define la patria potestad, resaltando su contenido, especificando el deber de cuidado, protección y educación para los menores, que se encuentran sujetos a ella; al mismo tiempo el artículo 242 afirma tal disposición:

"La patria potestad incluye el cuidado, educación y vigilancia de la persona y bienes del hijo. Siempre en beneficio de éste, la familia, la sociedad y el Estado".¹⁰⁸

Se sostiene la naturaleza jurídica de la patria potestad, al ordenar, que los mencionados deberes, siempre, deben encausarse en la búsqueda del beneficio del hijo.

¹⁰⁸.- Guitrón Fuentevilla, Julián. Ob Cit. p. 59

En cuanto a la titularidad, será ejercida conjuntamente por los progenitores y a falta de éstos, por los abuelos. No se establece, un orden determinado, en cuanto a éstos últimos; pero, adecuadamente, se dispone, que lo harán indistintamente, es decir, lo que más beneficie al menor, de acuerdo a sus circunstancias, así, como a las de cada uno de los abuelos.

En los hijos nacidos fuera de matrimonio, el artículo 237 determina, que si ambos progenitores lo han reconocido, los dos ejercerán la patria potestad. En ningún momento, señala que éstos, puedan convenir, en cuanto al ejercicio de la patria potestad. Sólo de manera precisa, el mencionado Código, contempla las hipótesis, en las cuales los progenitores no viven juntos y lo importante, es determinar quien será el cónyuge adecuado, para ejercer la custodia, considerando su carácter de deber-derecho derivado de la patria potestad.

El artículo 238 dice:

"Si el padre y la madre no viven juntos y reconocen al hijo en el mismo acto, convendrán quien de los dos lo tendrá bajo su custodia. En caso de controversia, resolverá el Juez de lo Familiar." ¹⁰⁹

El artículo 239 a su vez contempla la siguiente hipótesis:

"Si los padres no viven juntos y el reconocimiento se efectúa en diferentes actos, la custodia la ejercerá quien lo haya reconocido primero, salvo disposición en contrario del Juez Familiar". ¹¹⁰

¹⁰⁹.- Ibid. p. 58.

¹¹⁰.- Loc. Cit.

Es evidente, que si los padres disponen, quien conservará el ejercicio de la custodia, tomando en cuenta las circunstancias de cada uno de ellos, para el mejor ejercicio; de acuerdo a eso, el menor permanecerá con la persona indicada para tal efecto. Es oportuno, que se les permita decidir; sin embargo, si sólo uno de ellos ha mostrado un verdadero interés por el menor, llevando a cabo el reconocimiento del mismo, es adecuado, que él, en principio, conserve la custodia. Hay que señalar la hipótesis, donde el mencionado convenio, no beneficie al menor. En ese caso, se deja a salvo la facultad del Juez de lo Familiar, para disponer lo más conveniente al respecto.

La custodia, también es regulada cuando se habla de divorcio. El Código Familiar para el Estado de Hidalgo, dispone en el artículo 101, fracción VII, que ante el Divorcio por mutuo consentimiento:

"...Si los cónyuges optan por esta forma de divorcio, presentarán ante el Juez de lo Familiar, un convenio en el que regularán la situaciones siguientes:

A) Designar la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio...

D) Acordar que el padre o la madre, según sea el caso, podrán convivir con sus hijos, todos los días de la semana en horarios normales, sin que el otro pueda impedirlo, excepto que sea en detrimento de las cuestiones escolares o de salud. Estableciéndose que cualquier

acuerdo en contrario a esta disposición, será nulo. En caso de viajes al extranjero, deberá recabarse el consentimiento por escrito, del otro cónyuge. Si hay conflicto, el Juez Familiar, oyendo al Consejo de Familia, resolverá dicha situación".¹¹¹

El inciso D) reconoce, que si uno de los cónyuges no ejerce la custodia, no implica que el mismo haya perdido la patria potestad, por lo que conserva el derecho de convivencia y aquellos, deberes, obligaciones y derechos que la integran.

Una aportación importante, en el estudiado Código, es la no regulación de la pérdida de la patria potestad, substituyéndola, por la suspensión temporal de la misma, siendo una medida, que sancionará el poco interés de los titulares, en el ejercicio adecuado de la patria potestad.

"Artículo 265.- La patria potestad se suspende:

- I.- por malos tratos al menor.
- II.- Por poner al menor en peligro de perder la vida.
- III.- Por causarle daños físicos o morales.
- IV.- Por afectar la moralidad del menor.
- V.- Por abandono del menor.
- VI.- Por condenar por delito grave al que la ejerce.
- VII.- Por incapacidad del titular, declarada judicialmente.

¹¹¹.- Ibid. p. 41.

VIII.- Por ausencia declarada en forma.

IX.- Por sentencia condenatoria, imponiendo como pena esta suspensión." ¹¹²

"Artículo 266.- En todos los casos de suspensión y terminación de la patria potestad, conforme a lo dispuesto en los dos artículos que preceden, se oirá al Consejo de Familia." ¹¹³

"Artículo 267.- En los casos de suspensión de la patria potestad, el Juez Familiar determinará el plazo de la misma, así como su restitución, cuando el motivo haya cesado". ¹¹⁴

Se le da tal importancia al Consejo de Familia, que casi en todos los conflictos familiares, deberá intervenir. Su función primordial es vigilar, que la integración de la familia, sea adecuada, además proporcionará la orientación, que la misma requiera ante algún conflicto.

Tendrá a su cargo, realizar estudios profesionales y técnicos, que tengan por objeto orientar al Juez de lo Familiar, para determinar las verdaderas causas, que originaron los conflictos que se planteen.

De tal forma, en caso de que surja algún inconveniente, en materia de patria potestad y custodia, dicho Consejo deberá participar, para la mejor toma de decisiones.

¹¹² - Ibid. p. 61.

¹¹³ - Loc. Cit.

¹¹⁴ - Loc. Cit.

D.- REFORMA A LOS ARTICULOS 380 Y 381 DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL VIGENTE, PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 24 DE MARZO DE 1971.

El motivo que inspiró este trabajo, está basado en el estudio de los artículos 380 y 381 del Código Civil del Distrito Federal, entre otros.

El texto original del artículo 380 publicado en el Diario Oficial de la Federación el sábado 26 de Mayo de 1928 dice a la letra:

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

115

El citado artículo regula la hipótesis, en la cual, los progenitores del hijo nacido fuera de matrimonio, no vivan juntos y hayan realizado en un mismo acto, el reconocimiento del menor. De tal redacción, se desprende, que se facultaba a los padres, *convenir* para determinar, a cual de ellos, le correspondería el ejercicio de la *patria potestad*.

¹¹⁵ - Diario Oficial de la Federación. E. G. Gallardo, Director General. Tomo XLVIII. Núm. 21 (26 de Mayo de 1928). Méxco. p. 35.

El sentido del mismo, cambia radicalmente, cuando en el Diario Oficial de la Federación, del 24 de marzo de 1971, se publicaron reformas al Código Civil para el Distrito Federal, en las cuales se ubicó al artículo 380.

La reforma modificó el término "**patria potestad**" por el de "**Custodia**", así, la redacción del mismo, permanece igual hasta nuestros días, con el texto siguiente:

"Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, *convendrán cual de los dos ejercerá su custodia*; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor".¹¹⁶

La rectificación obedeció, a que el legislador, se dio cuenta, que había cometido un error imperdonable, al permitir que los progenitores de un hijo no legítimo, pudieran *convenir*, en cuanto al ejercicio de la *patria potestad*, es decir, por convenio, uno de ellos dejarla de ejercerla, derivando toda responsabilidad al otro, quien si sería el titular. Debemos tener presente, que la patria potestad, es una función de orden público y como tal, no puede permitirse que la voluntad de las partes, determine quien de los dos, la ejercerá, lo cual, sería una renuncia implícita.

Lo mismo sucedió, con el artículo 381, donde se contempla la hipótesis, por la cual un hijo nacido fuera de matrimonio, era reconocido por los padres en forma

¹¹⁶.- Diario Oficial de la Federación. Mariano D. Urdanivia. Director General. Tomo CCCV: N°. 21 (24 de marzo de 1971) México. p. 2

sucesiva. Si los progenitores no vivían juntos, el primero, que hubiera realizado el reconocimiento, le correspondería el ejercicio de la patria potestad. Tal disposición no era determinante, ya que los progenitores estaban en la posibilidad, de convenir sobre el punto. El Juez de Primera Instancia, podía cambiar y no aceptar tal convenio.

En efecto, la redacción original fue la siguiente:

"En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la *patria potestad* él que primero hubiere reconocido, salvo que se *conviniere otra cosa entre los padres*, y siempre que el Juez de Primera Instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público" ¹¹⁷

La reforma substituyó, al igual que en el artículo 380, el término "patria potestad" por el de "custodia"; por lo que, se cita a continuación con la debida modificación:

"En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la *custodia* el que primero hubiere reconocido, *salvo que conviniere otra cosa entre los padres*, y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario

¹¹⁷.- Ibid. p. 34.

modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público". ¹¹⁸

Dicha corrección demostró, que el legislador habla actuado con impropiedad, cuando se refirió a la patria potestad en dicho artículo. Es evidente la confusión en cuanto a los términos, sin embargo, se reconoció el error y se corrigió.

E. PROPUESTA DE REFORMA A EL ARTICULO 416 DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL VIGENTE, CON RELACION A LA REFORMA DE LOS ARTICULOS 380 Y 381 DEL 24 DE MARZO DE 1971.

El texto del artículo 416 del Código Civil vigente, no ha sido modificado desde su redacción y promulgación, en el año de 1928:

"En los casos previstos en los artículos 380 y 381, cuando por cualquier circunstancia deja de ejercer la *patria potestad* alguno de los padres, entrara a ejercerla el otro" ¹¹⁹

El mencionado artículo, remite a los casos previstos en los artículos 380 y 381, los cuales, hablan de las hipótesis donde, el tema esencial, es determinar cual de los progenitores, ejercerá la *custodia* de un hijo menor no emancipado.

¹¹⁸.- Diario Oficial de la Federación. Mariano D. Urdanivia. Director General. Tomo. CCCV No. 21. (24 de Marzo de 1971), México, p. 2

¹¹⁹.- Código Civil para el Distrito Federal. p. 121

Sin embargo, el artículo 416, hace referencia a la *patria potestad*. No cabe duda que los legisladores, al reformar los artículos 380 y 381, se olvidaron de que existía un artículo más, que tiene relación directa con los mismos. Lo anterior, tiene como consecuencia, que el 416 no tenga congruencia alguna, si se relaciona con los dos artículos reformados.

Se muestra con ello, la omisión de los legisladores, quienes tienen como función principal, dar a nuestro México las leyes, que han de regular la vida jurídica del mismo.

En las nuevas reformas de 1971, no se realizó un estudio a conciencia, que incluyera la interpretación correcta de las normas, la cual, debe hacerse en forma conjunta y no aislada, por lo tanto, no se logró una adecuada regulación.

Si analizamos, en forma aislada el artículo 416, se desprende un punto lógico, ya que sea cual fuere, la circunstancia por la que, uno de los cónyuges, dejaré de ejercer la patria potestad, lo seguirá haciendo el otro, si aún vive y no la ha perdido, o está ubicado, dentro de una de las causas de excusa o suspensión. Sin embargo, al respecto, el artículo 420 del mismo ordenamiento, previene tal circunstancia y a la letra dice:

"Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. *Si solo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho*".¹²⁰

¹²⁰.- Ibid. p. 121

De ahí, como tal, el artículo 416 no es necesario.

Nuestra propuesta consiste en cambiar el término "**patria potestad**", por el de "**custodia**", de esta forma, el 416 tendrá una congruencia lógica jurídica y podrá interpretarse conjuntamente, con los artículos 380 y 381.

Por lo tanto, tomando en consideración la nueva redacción de los dos artículos, mencionados y la propuesta de reforma para el 416, el mismo tendría la siguiente interpretación:

Determinará, que si el progenitor designado, para el ejercicio de la custodia, dejaré de hacerlo, por cualquier circunstancia, el padre o la madre, que no la ejercía, necesariamente deberá hacerlo. Entendemos que el hijo no puede quedar sin protección, cuando existe alguno de los padres para brindársela. No se debe olvidar, que aún, cuando uno de ellos, no ejerciera la custodia, conserva los otros deberes, obligaciones y derechos, que integran la patria potestad y ante la imposibilidad del otro progenitor, que sí la ejercía, el sobreviviente adquirirá la patria potestad íntegra, sin desmembramiento alguno.

El cuidado, protección y vigilancia del menor, es uno de los principales fines de la patria potestad, en consecuencia, debe el progenitor aceptar el ejercicio de la custodia; más aún, cuando el hijo es habido de una relación, en la cual, los padres no han vivido juntos y la exigencia de cuidado, se vuelve más relevante todavía, pues debe ser más profundo. Poco se puede hablar de una integración familiar, donde el hijo no ha tenido apoyo permanente de ambos progenitores.

F.- PROPUESTA DE REFORMA AL ARTICULO 417 DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL VIGENTE, CON RELACION A LA REFORMA DE LOS ARTICULOS 380 Y 381 DEL 24 DE MARZO DE 1971.

El artículo 417 reconoce una hipótesis más, relativa a los hijos procreados fuera de matrimonio.

Se refiere, al caso en que los padres del menor, han vivido juntos y posteriormente se separan.

El mencionado artículo, dice "*patria potestad*" en su redacción y no "*custodia*", como lo hacen los artículos 380 y 381, cuando se refieren a las hipótesis, en las cuales, se debe hablar de custodia, esto implica, que el actual contenido del 417, no sea correcto. Es necesario transcribirlo y apreciar mejor el error, en el cual, incurrió una vez más, el legislador.

"Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la *patria potestad*, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre el punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo".¹²¹

Después de haber analizado la naturaleza jurídica de la patria potestad, de estudiar sus caracteres esenciales, la forma en que se regula en el Código Familiar de

¹²¹.- Loc. Cit.

Hidalgo, que debe servir como muestra para una mejor legislación y de tener presentes las reformas, que sufrieron los artículos 380 y 381 del Código Civil Para el Distrito Federal, llevadas a cabo en el año de 1971, del citado artículo 417, desprendemos una hipótesis más, en la cual, el elemento principal, es señalar que pasará con el hijo menor de edad, si sus padres no han contraído matrimonio, pero los mismos han vivido juntos y con posterioridad se separan. El mencionado precepto no se refiere a la custodia, que sería lo correcto.

La solución que plantea, ante tal situación, es permitir a los progenitores, convenir por propia voluntad, a quien de los dos corresponderá el ejercicio de la *patria potestad* y de no hacerlo, el Juez de lo Familiar podrá suplir la deficiencia y ordenará lo conducente.

Lo anterior, es totalmente erróneo por la razones siguientes:

Primero: La patria potestad es una función pública, que corresponde a los padres y en su defecto, a los abuelos. Es de orden público, se regula dentro del derecho familiar; busca el bienestar del menor; lo cual, no se lograría, si existiendo ambos progenitores, sólo uno de ellos, deba ejercerla. Anteriormente se analizaron los presupuestos, por los cuales el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, no regula la pérdida de la patria potestad, considerando que es grave para el menor; sin embargo, el Código Civil para el Distrito Federal, sin mayor problema, establece, que sólo uno de los dos, ejercerá la patria potestad, excluyendo al otro, sin considerar que ambos, por ser padres, deben atender al cuidado, vigilancia, representación, educación, y demás deberes, obligaciones y derechos, que constituyen la patria potestad. Como ya se

mencionó, la patria potestad se funda principalmente en el "deber" y no en el "derecho" del padre, lo cual implica, que el hijo pierda más, si sólo uno de los progenitores, es titular de la misma. Además, para estar dentro de la hipótesis de no ejercicio, debe incurrir en las causa que señala el Código Civil, para tal efecto.

Segundo: Si la patria potestad, es una disposición de orden público, no es posible, permitir a los progenitores, libremente, disponer acerca de la titularidad de ésta. La autonomía de la voluntad no tiene aplicación, ante la presencia del orden público. Existe la evidente afectación al interés del menor y sus derechos, provocada por la pérdida de un padre.

Se estaría ubicando a los progenitores ante la renuncia implícita de quien no la ejerce. Con ello se fomentaría la evasión de responsabilidades, pues, no se debe olvidar, que la patria potestad, incluye deberes y obligaciones; permitiendo a personas irresponsables, procrear hijos y posteriormente abandonarlos, sin preocuparse por su desarrollo físico y mental, consiguiendo, por lo tanto, en muchas ocasiones, que esos niños se conviertan en un mal para la sociedad, al dedicarse a robar, adquirir vicios, y ocasionar daños irreparables a aquélla.

Tercero: El legislador, no tomó en cuenta, que para la existencia de la patria potestad, en caso de hijos naturales, es necesario haber reconocido al menor, o que una sentencia haya declarado la paternidad sobre el hijo, en consecuencia, si hay reconocimiento surge el ejercicio de la patria potestad, el cual es **irrenunciable**, así lo ordena el Código Civil. El hecho de que el menor de edad no haya nacido de una unión

legítima, no implica darle un trato diferente o desigual, frente a los habidos dentro de matrimonio.

La redacción del mencionado artículo 417, por lo tanto, no fue la correcta y no tiene razón de ser como tal.

Así, nuestra propuesta de reforma, consiste en cambiar el término **"patria potestad"** por el de **"custodia"** y junto con los nuevos artículos 380 y 381, logrados con la reforma de 1971, pueda tener una congruencia lógica jurídica y por lo tanto, la debida interpretación, al tener presente una hipótesis, en la cual, los progenitores de un hijo nacido fuera de matrimonio, que no viven juntos, deban decidir, quien de los dos ejercerá la **"custodia"** y no así la **"patria potestad"**, toda vez, que ésta última, es una función a cargo de los padres y en su defecto de los abuelos; la cual, es de orden público, irrenunciable, imprescriptible e intransmisible; constituida por un conjunto de deberes, obligaciones y derechos regulados dentro del derecho familiar.

Se propone aplicar el término **"custodia"**, por ser obvio, que ante la separación de los padres, debe uno de ellos encargarse en forma directa y constante del cuidado y vigilancia del menor, ya que, la separación implica, la no cohabitación de los padres, en un mismo domicilio, así, el menor no podrá permanecer con ambos, en consecuencia, surge la necesidad de asignar uno de los deberes-derechos de la patria potestad, en forma exclusiva, a uno de los padres, para el mejor beneficio del menor. Generalmente a este suceso, se le llama desmembramiento. En efecto, el otro padre no tiene la custodia, sin embargo, conserva los demás deberes, obligaciones y derechos,

que reconoce la patria potestad. La propuesta, evita caer en la situación, en donde sólo uno de los progenitores, sea quien ejerza la patria potestad.

Ante tal planteamiento, surge la pregunta. ¿Quiénes son los titulares de la patria potestad, cuando los padres del menor no emancipado, no han contraído matrimonio?.

La respuesta, de acuerdo a lo estudiado, es -él o los progenitores que han reconocido al menor o aquél, en donde una sentencia ejecutoriada declare su paternidad sobre el menor.

De ahí, que surjan la hipótesis planteadas en las cuales se diga ¿Qué pasa si el reconocimiento, fue en un sólo acto o fue sucesivo?. En estos casos, como ya se explicó no es apropiado hablar de patria potestad sino de custodia, para lo cual, los artículos 380 y 381 y el 417 con la propuesta de reforma, lo resuelven.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La figura jurídica de la patria potestad, ha sufrido una evolución constante con el transcurso del tiempo.

SEGUNDA.- De ahí, que en el derecho romano, se consideraba, como un poder absoluto, ilimitado y perpetuo, ejercido únicamente por el *pater familias*. Se equiparaba al hijo con una cosa.

El cristianismo influyó, para que la misma, se fuera suavizando en beneficio del hijo, de manera que, el derecho germánico le otorgó un carácter tuitivo, protector. La madre logro tener participación en el ejercicio a falta del padre y el hijo, por su parte, gozaba de mayores beneficios, en el ámbito patrimonial.

Así, en Francia en el año de 1970, se da el logro más importante en la materia. El término usado para referirse a la patria potestad es modificado, entendiéndose con el nuevo, la participación conjunta del padre y la madre en el ejercicio, así como la desaparición del concepto de poder. El término "*puissance paternelle*" cambia al de "*autorité parentale*".

TERCERA.- La patria potestad no es definida por el Código Civil para el Distrito Federal, sin embargo, concluimos que la misma, es una función de orden público, irrenunciable, intransmisible e imprescriptible; regulada dentro del derecho familiar.

CUARTA.- Como función pública, los titulares de la misma, deben brindar protección, defensa; así, como atender al interés y beneficio del menor, es decir, procurar su formación integral.

QUINTA.- En ese orden de ideas, consideramos que el contenido de la patria potestad, es un conjunto de deberes, obligaciones y derechos, recíprocos en la relación jurídica, donde predominan sobre todo los deberes y obligaciones correspondientes a los titulares.

No hay un orden en el Código Civil para el Distrito Federal de dicho conjunto, pero si hablamos de deberes, debemos referirnos, a la persona del menor, calificando como principales: la custodia, traducida en cuidados y vigilancia; la educación conveniente y la representación y por otro lado si del ámbito patrimonial se trata, el término adecuado es obligaciones, que se traducen en: alimentos, administración y representación, siendo éstos los más importantes.

SEXTA.- La custodia tampoco es definida por el Código Civil para el Distrito Federal, no obstante, admitimos que se trata de un deber-derecho derivado de la patria potestad y como tal, atiende al cuidado y vigilancia de los menores no emancipados.

SEPTIMA.- El término custodia y el de guarda, han sido usados en la legislación y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en forma indistinta; sin embargo, en algunas ocasiones se refieren a éstas, como figuras diferentes, lo que da lugar a confusiones, toda vez, que si recurrimos a la definición jurídica de ambas, llegamos a un mismo camino: el cuidado y vigilancia del menor. De ahí, la propuesta de hablar sólo de custodia.

OCTAVA.- Consideramos que la custodia como un deber-derecho, tiene un contenido, que a su vez, se desglosa en otros deberes-derechos como el proporcionar un domicilio; procurar la convivencia con respeto e intimidad; atender al cuidado y vigilancia, para lo cual, el hijo deberá obedecer y aceptar. El titular podrá recurrir a la corrección o amonestación.

NOVENA.- La custodia no puede ser confundida con la patria potestad, toda vez, que la primera, es un deber-derecho, derivado de la segunda como parte integral de ella.

Si los progenitores no viven juntos, sólo uno de ellos ejercerá la custodia, lo cual no implica, que el otro, pierda la patria potestad, por lo que, sigue conservando entre otros -el derecho de convivencia-.

DECIMA.- Los artículos 380 y 381 del Código Civil para el Distrito Federal, disponen, quien de los progenitores de un hijo natural, ejercerá la custodia. Si el

reconocimiento es en un sólo acto, ambos podrán convenir al respecto, pero si fue sucesivo, lo será quien primero lo haya hecho.

En la redacción original de dichos preceptos, se hablaba de *patria potestad* y no de *custodia*, lo que constituía un grave error, con las reformas del 24 de marzo de 1971, se subsanó.

DECIMAPRIMERA.- El actual artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal, es inoperante, en virtud, de su relación con los preceptos 380 y 381, cuyo contenido es la *custodia*, mientras que, el primero sigue refiriéndose a la *patria potestad*. El legislador al reformar los dos últimos, no consideró al 416, que tenía relación directa con aquéllos; por lo tanto, proponemos que el término de *patria potestad*, contenido en el 416, sea cambiado por el de *custodia*, así, tendrá una congruencia lógica jurídica y podrá interpretarse conjuntamente con los artículos 380 y 381, a los cuales remite.

DECIMASEGUNDA.- Deducimos que el legislador de 1928, incurrió en un grave error, con la redacción del artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal. El mismo establece, que cuando los progenitores del hijo nacido fuera de matrimonio, hayan vivido juntos, pero se separan, podrán ponerse de acuerdo, para decidir quien de ellos, ejercerá la *patria potestad*; lo anterior, va en contra de lo dispuesto en el artículo 448, que señala que la *patria potestad* **No es RENUNCIABLE.**

No es posible, que los progenitores, puedan convenir sobre el ejercicio aludido, toda vez, que la patria potestad, es una función de orden público. En efecto, los particulares no pueden pactar lo anterior, en virtud de que el artículo sexto del mismo ordenamiento dispone, que no pueden renunciarse los derechos privados que afecten al *interés público* y el artículo octavo siguiente sanciona con nulidad todo aquello, que vaya en contra de dicho interés. De ahí, las reformas a los preceptos 380 y 381, publicadas en el Diario Oficial el 24 de marzo de 1971, donde se reconoció el error y el término *patria potestad*, fue cambiado por el de *custodia*, por lo tanto es obvio, que el 417 debe ser reformado, en los terminos aquí propuestos.

BIBLIOGRAFIA

ARANGIO-RUIZ, Vicencio. *Instituciones de Derecho Romano*. Tr. José M. Caramés Ferro. 10a. edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1986.

BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. Tomo II. 8a. edición. Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1989.

BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Tr. Luis Buccio y Andrés Larrosa. 5a. Edición. Instituto Editorial Reus.

CASTAN VAZQUEZ, José María. *La Patria Potestad*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1960.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Familiares*. 2da. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1990.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*. 2da. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1992.

CICU, Antonio. *El Derecho de Familia*. Tr. Santiago Sentis Melendo. Ediar Soc. Anon. EDITORES. Buenos Aires, Argentina, 1947.

D' ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Menores*. 3a. Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1988.

D' ANTONIO, Daniel Hugo. *Patria Potestad*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1979.

DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. *Instituciones de Derecho Civil. Derechos Reales y Derecho Hipotecario. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*. Tomo II. Primera edición. Editorial Civitas, 1988.

DE DIEGO, Clemente. *Instituciones de Derecho Civil Español. Derecho de obligaciones-Contratos-Derecho de Familia*. Tomo II. Madrid, 1959.

DE PINA, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas, Familia*. Vol. I. 13a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1983.

DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Derecho de Familia. Derecho Hereditario*. Tomo II, Vol. II. Instituto Editorial Reus. Madrid, España.

ENTRENA KLETT, Carlos Ma. *Matrimonio, Separación y Divorcio (en la legislación actual y en la historia)*. 3a. Edición. Aranzadi Editorial. España, 1990.

FERNANDEZ CLERIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*. Editorial Hispano-América. México, 1957.

FLORIS MARGADANT, Guillermo S. *El Derecho Privado Romano. Como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*. 19a. edición. Editorial Esfinge. México, 1993.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso. Parte general. Personas y Familia*. Editorial Porrúa S.A. México, 1989.

GUITRON FUENTEVILLA, Julián. *Derecho Familiar*. 2da. edición. Editorial UNACH. Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 1988.

GUITRON FUENTEVILLA, Julián. *¿Qué es el Derecho Familiar?*. 3a. Edición. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, S. C. México, 1987.

GUITRON FUENTEVILLA, Julián. *Tesis*. Primera edición. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, S. C. México, 1991.

IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. 10a. edición. Editorial Ariel. Barcelona, España, 1992.

J. ARIAS, Ramón y J. Arias, Bonet. *Obligaciones. Familia. Sucesiones*. Tomo II. 18a. edición. Editorial Revista de Derecho Privado. México, 1991.

JARAMILLO VELEZ, Lucrecio. *Derecho Romano. Historia del derecho Romano. Sistema de Derecho Privado Romano*. 7a. edición. Señal Editora, 1992.

LEHMANN, Heinrich. *Derecho de Familia*. Vol. IV. Tr. José Ma. Navas. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1953.

LUDWIG ENNECERUS, Theodor Kipp. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia. Relaciones Paternofiliales y Parentales. Tutela*. Tomo IV, Vol. II. Tr. Blas Pérez González y otros. BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, 1946.

LLOVERAS, Nora. *Patria Potestad y Filiación. Comentario Analítico de la ley 23-264*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.

MAZEUD, Henri León y Mazeud, Jean. *Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. La Familia. Organización de la Familia. Disolución y Disgregación de la Familia*. Vol. IV. Tr. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*. Editorial Porrúa, S.A., México, 1992.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho de Familia y de Menores*. 2a. edición. Editorial Jurídicas Wilches, Bogotá, Colombia. 1991

MORALES, José Ignacio. *Derecho Romano*. 3a. edición. Editorial Trillas, México, 1989.

ORTIZ URQUID, Raúl. *Oaxaca, Cuna de la Codificación Iberoamericana*. 2a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1974.

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel. *Derecho de Familia*. Madrid, España, 1989.

PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Tr. José Fernández González. 9a. Edición. Editora Nacional, México, 1976.

PLANIOL Marcel y Ripert Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil. Introducción. Familia. Matrimonio*. Primera edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1983.

PUIG BRUTAU, José. *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Vol. IV. 1a. edición. BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, 1991.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia*. Tomo II. 2a. edición. Editorial Porrúa S.A. México, 1987.

RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. *El Matrimonio. La Filiación y la Tutela*. Madrid, España, 1988.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho Civil Español. Parte Especial. Derecho de Familia*. Tomo IV. 2a edición, 1921.

VENTURA SILVA, Sabino. *Derecho Romano. Curso de Derecho Privado*. Editorial Porrúa S.A. México, 1992.

ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Tomo II. 2a. Edición. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1989.

ZANON MASDEU, Luis. *La Separación Matrimonial de Hecho*. Editorial Hispano-Europa, Barcelona, España, 1974.

ENCICLOPEDIAS JURIDICAS Y DICCIONARIOS

Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo V. Editorial Bibliográfica OMEBA Driskill. S.A., Buenos Aires, 1989.

GARGIA PELAYO Y GROSS. Pequeño Larousse Ilustrado. Ediciones Larousse, París, 1976.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. *Diccionario Mexicano*. A-H. 2da. edición. Editorial Porrúa, México, 1987.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. *Diccionario Mexicano*. I-O. 2da. edición. Editorial Porrúa, México, 1988.

Master Diccionario Enciclopédico. Tomo V, Barcelona, España.

LEGISLACION CONSULTADA

- Código Civil para el Estado Libre de Oajaca de 1827.
- Código Civil del Imperio Mexicano de 1866.
- Código Civil del Estado de Veracruz Llave de 1868.
- Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1870.
- Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1884.
- Ley del Divorcio de 1914.
- Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.
- Código Familiar para el Estado de Hidalgo de 1983.
- Legislación Familiar del estado de Hidalgo de 1986.
- Código Civil de Zacatecas de 1987.
- Código Civil para el Distrito Federal de 1995.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1995.
- Código Penal Para el Distrito Federal de 1995.

DIARIOS Y REVISTAS

CASTAN VAZQUEZ, José María. " *La Reforma de la Patria Potestad en el Derecho Francés*". Anuario de Derecho Civil. Tomo XXIV, Fasc. III, (julio-septiembre- 1971). Madrid, España.

Diario Oficial de la Federación. E. G. Gallardo, director general. Tomo XLVII. Núm. 21. Sección Tercera. (26 de mayo de 1928). México.

Diario Oficial de la Federación. D. Urdanivia, Mariano, director general, Tomo CCCV. Núm. 21 (24 de marzo de 1971). México.

JURISPRUDENCIA

- Apéndice del Semanario Judicial de la Federación.

INDICE GENERAL

PAGINAS

PROLOGO.....	1
INTRODUCCION.....	3

CAPITULO PRIMERO

I.- PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA. ORIGEN Y EVOLUCION.....	6
---	---

A.- ANTECEDENTES HISTORICOS.....	6
----------------------------------	---

1) DERECHO ROMANO.....	9
------------------------	---

a) CARACTERES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.....	10
b) DERECHOS SOBRE LA PERSONA DEL HIJO.....	10
c) DERECHOS SOBRE LOS BIENES DEL HIJO.....	11
d) FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD ROMANA.....	12
e) CAUSAS DE TERMINACION DE LA PATRIA POTESTAD.....	18
f) LA CUSTODIA EN EL DERECHO ROMANO.....	19

2) DERECHO GERMANICO.....	21
---------------------------	----

a) CARACTERES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO GERMANICO.....	22
b) DERECHOS SOBRE LA PERSONA DEL HIJO.....	22
c) DERECHOS SOBRE LOS BIENES DEL HIJO.....	23
d) EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.....	23
e) LA CUSTODIA EN EL DERECHO GERMANICO.....	24

3) DERECHO ESPAÑOL.....	26
a) CARACTERES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	26
b) LA CUSTODIA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	30
4) DERECHO FRANCES.....	33
a) LA CUSTODIA EN EL DERECHO FRANCES.....	36

CAPITULO SEGUNDO

II.- DOCTRINA SOBRE LA PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA	39
A.- NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD.....	39
1) FUNCION.....	39
2) INSTITUCION.....	42
3) UN CONJUNTO DE DERECHOS Y DEBERES.....	44
4) UNA AUTORIDAD PATERNA Y MATERNA SOBRE LOS HIJOS MENORES NO EMANCIPADO.....	46
5) NUESTRA TESIS.....	47
B) CONCEPTO DE CUSTODIA.....	54
C) NATURALEZA JURIDICA DE LA CUSTODIA.....	54
1) UN DEBER-DERECHO DERIVADO DE LA PATRIA POTESTAD.....	54
2) DESGLOSE DE LA CUSTODIA COMO UN DEBER-DERECHO DERIVADO DE LA PATRIA POTESTAD.....	57
3) TITULARES DE LA CUSTODIA.....	59

CAPITULO TERCERO

III.- PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.....	63
A.- CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE OAXACA DE 1827.....	63
1) SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.....	63
2) TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD.....	64
3) CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.....	65
4) CUSTODIA.....	66

B) CODIGO CIVIL DEL IMPERIO MEXICANO DE 1866.....	67
1) SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.....	68
2) TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD.....	68
3) CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.....	69
4) CUSTODIA.....	70
C) CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ DE 1868.....	72
1) SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.....	72
2) TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD.....	72
3) CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.....	74
4) CUSTODIA.....	74
D) CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO DE 1869.....	75
E) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870.....	76
1) SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.....	77
2) TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD.....	77
3) CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.....	77
4) CUSTODIA.....	78
F) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884.....	80
G) LEY DEL DIVORCIO DE 1914.....	80
H) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.....	82
1) SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.....	82
2) TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD.....	82
3) CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.....	83
4) CUSTODIA.....	84
I) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1928.....	84
J) CODIGO CIVIL DE ZACATECAS DE 1987.....	88
1) SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.....	88
2) TITULARIDAD DE LA PATRIA POTESTAD.....	88
3) CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.....	89
4) CUSTODIA.....	89

CAPITULO CUARTO

IV. MODIFICACION A LOS ARTICULOS 416 Y 417 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CON RELACION A LA REFORMA DE LOS ARTICULOS 380 Y 381 PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 24 DE MARZO DE 1971.....	90
A.- DIFERENCIA ENTRE PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA.....	90
B.- CARACTERES ESENCIALES DE LA PATRIA POTESTAD.....	94
1) DE ORDEN PUBLICO.....	94
2) INTRANSFERIBLE.....	100
3) IMPRESCRIPTIBLE.....	101
4) IRRENUNCIABLE.....	102
C.- PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA EN EL CODIGO FAMILIAR DE HIDALGO DE 1983.....	102
D.- REFORMA A LOS ARTICULOS 380 Y 381 DEL CODIGO CIVIL VIGENTE, PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 24 DE MARZO DE 1971.....	108
E.- PROPUESTA DE REFORMA AL ARTICULO 416 DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL VIGENTE, CON RELACION A LA REFORMA DE LOS ARTICULOS 380 Y 381 DEL 24 DE MARZO DE 1971.....	111
F.- PROPUESTA DE REFORMA AL ARTICULO 417 DEL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL VIGENTE, CON RELACION A LA REFORMA DE LOS ARTICULOS 380 Y 381 DEL 24 DE MARZO DE 1971.....	114
CONCLUSIONES.....	119
BIBLIOGRAFIA.....	124
INDICE.....	130