



879309
7
24
UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO
Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
CLAVE: 879309



**EL EJERCICIO DE LA PATRIA
POTESTAD**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

Licenciado en Derecho

PRESENTA

Claudia Cueva Martínez

ASESOR

Lic. Juan José Muñoz Ledo Rábago

CELAYA, GTO.

DICIEMBRE DE

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1987



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.

D E D I C A T O R I A S

A DIOS:

Por permitirme estar en este mundo y
darme la fuerza de vivir.

A MIS PADRES:

Porque sin su amor, apoyo y confianza
no tendría nada

A MI HERMANO:

Por soportarme

A MI ABUE:

Por enseñarme a afrontar las adversidades
siempre estás en mi

JOSE ANTONIO:

Por tú confianza y apoyo incondicional

MINERVA:

Por ser como la hermana que quisiera
haber tenido

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE:

Por darme los cimientos de mi educación

A MIS MAESTROS:

Por aportarme sus conocimientos

LIC. JUAN JOSE MUÑOZ LEDO RABAGO

Por su apoyo en la realización de mi tesis
y por la amistad que siempre me ha brindado

¡Gracias!

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

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

Conforme a las disposiciones legales que regulan el ejercicio de la patria potestad, establece:

Cuando falten los padres, la patria potestad corresponde en primer término al abuelo y a la abuela paternos, si faltaren alguno de ellos al que quede continuará en ejercicio de ese derecho y sólo cuando ambos faltaren, la patria potestad corresponderá al abuelo y abuela maternos.

Aquí subyace una desigualdad en perjuicio de los abuelos maternos y, al mismo tiempo se deja de considerar que lo importante es el adecuado Ejercicio de la Patria Potestad, que implica fundamentalmente obligaciones y, cuya institución, más que al derecho de quienes la ejercen, deben atender al beneficio de los menores sobre los que se ejercita.

No existe ninguna razón para presumir que el abuelo y la abuela paterna, son los más idóneos para ejercitar la patria potestad que el abuelo y la abuela maternos, o para admitir apriorísticamente, que los menores sobre los que se ejerce la patria potestad, encontrarán mayor beneficio al estar bajo la guarda y la educación de los abuelos paternos, que en el caso en que se encontrarán bajo la patria potestad de sus abuelos.

I N D I C E

I N D I C E

CAPITULO PRIMERO	PAG.
LA FAMILIA	
1.1.- CONCEPTO DE FAMILIA	2
1.1.1.- LA FAMILIA EN SENTIDO AMPLIO	3
1.1.2.- LA FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIOLOGICO	3
1.1.3.- LA FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO	3
1.2.- LA FAMILIA MODERNA	4
1.3.- EL DERECHO DE FAMILIA	5
1.4.- DEFINICION DEL DERECHO DE FAMILIA	6
1.5.- FUENTES DEL DERECHO FAMILIAR	7
1.6.- NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO FAMILIAR	8
 CAPITULO SEGUNDO	
EL DERECHO FAMILIAR	
2.1.- SUJETOS DEL DERECHO FAMILIAR	14
2.2.- PARIENTES Y PARENTESCO	15
2.2.1.- GRADOS DE PARENTESCO	19
2.2.1.1.- PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD	19
2.2.1.2.- PARENTESCO DE AFINIDAD	23

2.2.1.3.- PARENTESCO CIVIL O DE ADOPCION	24
2.2.2.- CONSECUENCIAS JURIDICAS EN EL PARENTESCO	25
2.2.3.- CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL PARENTESCO DE AFINIDAD	31
2.3.- PATERNIDAD Y FILIACION	32
2.3.1.- CONCEPTO DE FILIACION	33
2.3.2.- FILIACION LEGITIMA	36
2.3.3.- FILIACION NATURAL	40
2.3.4.- FILIACION LEGITIMADA	42
2.3.5.- FILIACION ADOPTIVA	42
2.3.6.- CASOS DE PRESUNCION DE LA FILIACION	43
2.4.- OBJETOS DEL DERECHO FAMILIAR	45
2.4.1.- ENUMERACION DE LOS OBJETOS DEL DERECHO EN GENERAL	45
2.4.2.- OBJETOS PROPIOS DEL DERECHO FAMILIAR	45
CAPITULO TERCERO	
EL DERECHO SUBJETIVO FAMILIAR	
3.1.- DERECHO SUBJETIVO FAMILIAR	49
3.1.1.- CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES	55

3.2.- DEBERES SUBJETIVOS FAMILIARES	64
3.2.1.- CLASIFICACION DE LOS DEBERES JURIDICO FAMILIARES	68
3.3.- ACTOS JURIDICO FAMILIARES	69
3.3.1.- CLASIFICACION DE LOS ACTOS JURIDICO FAMILIARES	73
3.4.- SANCIONES DEL DERECHO FAMILIAR	74

CAPITULO CUARTO

CONCEPTO JURIDICO DE LA PATRIA POTESTAD

4.1.- CONCEPTO JURIDICO DE LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD	82
4.2.- EVOLUCION HISTORICA	84
4.2.1.- DIFERENCIA ENTRE LA INSTITUCION ROMANA Y LA ACTUAL	86
4.3.- LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE	88
4.3.1.- CARACTERISTICAS	88
4.4.- CONTENIDOS DE LA PATRIA POTESTAD	92

CAPITULO QUINTO

DERECHOS Y OBLIGACIONES

5.1.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS MENORES	93
5.2.- SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD	98
5.3.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD	100
5.3.1.- EDUCACION DEL HIJO	101
5.4.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD	107
5.5.- MODOS DE TERMINAR Y SUSPENDER LA PATRIA POTESTAD	111
5.5.1.- LA SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD	111
5.5.2.- LA PATRIA POTESTAD SE PIERDE	111
5.5.3.- LA PATRIA POTESTAD SE EXTINGUE	112
5.6.- EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD	113
CONCLUSIONES	115
BIBLIOGRAFIA	122

CAPITULO PRIMERO
LA FAMILIA

1.- LA FAMILIA

1.1.- CONCEPTO DE LA FAMILIA.-

La familia se constituye en una institución que ha sido definida de muy distintas maneras: Se le ha considerado como un núcleo de personas, que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la generación.

También se le considera como el conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común.

En algunos casos se le considera a la FAMILIA como el más antiguo de los núcleos sociales, como la verdadera célula de la sociedad base y piedra angular del ordenamiento social, no sólo porque constituye un grupo natural e irreductible que tiene como misión la de asegurar la reproducción e integración de la humanidad (1).

Así el término familiar tiene, diversas acepciones, ya que su significado estará sujeto al ángulo en que el estudioso se

1) CASTAN Tobeñas, José
Derecho Civil Español Tomo V
Derecho de Familia
Revs, S.A.
Madrid Págs. 35 y 36

coloque para discurrir científicamente sobre ella como una institución y así entenderla.

1.1.1.- LA FAMILIA EN SENTIDO AMPLIO.-

En esta primera perspectiva la FAMILIA comprenderá todas las personas que descienden de un tronco común más o menos lejano.

1.1.2.- LA FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIOLOGICO.-

En este segundo enfoque los lazos de afecto y de acercamiento que existen entre los parientes van debilitándose conforme éstos son más lejanos; y puesto que el Derecho impone graves obligaciones y concede importantes derechos a los miembros de una familia, aquellos deberes u obligaciones solo pueden hacerse efectivos realmente con los parientes más cercanos y, va siendo menos fuerte esa relación, con aquellos parientes que se encuentran en grados más lejanos.

1.1.3.- LA FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO.-

En este concepto jurídico como tercer enfoque, contempla las relaciones derivadas del matrimonio y parentesco, y a las que la Ley reconoce ciertos afectos, esto es, que crean derechos-

y deberes entre sus miembros.

Así que, el concepto de FAMILIA, ha sido recogido en un sentido más estrecho y comprende únicamente a los padres y ascendientes en la línea recta y en la colateral, hasta el cuarto grado (padres, abuelos, hermanos, tíos, primos, sobrinos).

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

1.2.- LA FAMILIA MODERNA.-

En la actualidad la FAMILIA está formada por los progenitores y su prole, el padre, la madre, los hijos y los nietos que habitan con ellos.

Los efectos principales derivados de la relación de Familia, consisten en el derecho a alimentos entre parientes próximos, el derecho a la sucesión, legítima y en la prohibición para contraer matrimonio entre ascendientes o entre colaterales dentro del tercero grado en una línea colateral desigual (tíos, sobrinos) y sin limitación alguna en la línea recta ascendiente o descendiente, ya sea por consanguinidad o por afinidad.

La Familia Moderna se caracteriza por ser una Institución fundamental, fundado en una relación sexual, suficientemente precisa y duradera, que permita la procreación y garantiza la educación y protección de los hijos.

Ha de consistir en una relación sexual continuada; normalmente se funda en el matrimonio y excepcionalmente en una institución equivalente (concubinato).

En la Familia Moderna da lugar a un conjunto de deberes y derechos entre los cónyuges y entre los padres y los hijos. Atribuye a los miembros de la familia el derecho de usar el nombre patronímico que corresponde a cada grupo familiar; de esta relación deriva una cierta estructura económica que regulan los bienes de los consortes y que permite la manutención y educación de los hijos. Esta unión permanente entre los cónyuges, se ubica en un hogar conyugal.

1.3.- EL DERECHO DE FAMILIA.-

Siendo la Familia el germen de las virtudes del ciudadano y del hombre útil a la sociedad, el estado cuyo interés coincide con el de la Familia debe intervenir ciertamente para que este grupo social cumpla la función que le está encomendada.

La intervención del estado, si ha de ser eficaz, debe tender a dictar las medidas protectoras del orden moral, económico o social que fortalezcan a la Familia misma y, le permitan llenar de la mejor manera posible sus finalidades naturales, que son la procreación y la educación moral, intelectual y física de los hijos.

Hay un conjunto de normas jurídicas del derecho de Familia que establecen derechos y obligaciones que derivan del simple hecho de la procreación, es decir, de la paternidad o de la maternidad. Nace así, un conjunto de deberes del padre o de la madre, o de ambos a la vez, en relación con los hijos que han procreado.

Así pues, el Derecho de Familia se ocupa: del Matrimonio, Concubinato, Filiación y Parentesco, de la Procreación de los menores e incapacitados (Patria Potestad y Tutela), y del Patrimonio Familiar.

1.4.- DEFINICION DEL DERECHO DE FAMILIA.-

Definimos el Derecho de Familia como el conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso, que regulan la Familia y las relaciones familiares personales y patrimoniales, que existen entre sus miembros y entre éstos con-

otras personas y el Estado, que protegen a la Familia y sus miembros y promueven a ambos para que la Familia pueda cumplir su fin.

Para Julián Bonnecase, el Derecho de Familia es "el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la Familia" (2).

1.5.- FUENTES DEL DERECHO FAMILIAR.-

Las fuentes reales del Derecho de Familia, están constituidas por el hecho biológico de la generación y la conservación de la especie y el hecho social, de la protección de la persona humana en el caso de menores e interdictos; de estas fuentes nacen las instituciones básicas del Derecho de Familia:

- El Parentesco
- La Filiación
- El Matrimonio
- El Concubinato

2) BONNECASE, Julián
Cit. por ROJINA Villegas, Rafael
Compendio de Derecho Civil Tomo I
Int. Personas y Familia Pág. 206
Editorial Porrúa, S.A.
México, D.F. 1989

Las fuentes formales están constituidas por el conjunto de normas de Derecho que establecen, modifican o extinguen las relaciones jurídicas derivadas del parentesco consanguíneo, por afinidad y civil, la filiación natural y adoptiva, el matrimonio, el concubinato.

En este conjunto de normas jurídicas, debe distinguirse las que se refieren a las personas consideradas como miembros del grupo familiar y aquellos otros vínculos jurídicos del contenido patrimonial, a saber: los que imponen la obligación de proporcionar alimentos, los que regulan la administración de los bienes de los hijos menores de edad o de los incapacitados, los que organizan la situación de los bienes de los consortes, las disposiciones aplicables a la constitución y ordenación del patrimonio de familia y finalmente los que atañen a la transmisión de los bienes por causa de muerte, en la sucesión legítima.

1.6.- NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO FAMILIAR.-

El distinguido jurista Antonio Cicu ha sustentado una teoría interesante, respecto a la naturaleza del Derecho Familiar, dándole en cierto aspecto un carácter de derecho público. Sostiene que: "El Derecho de Familia se considera generalmente como una parte del derecho privado; éste suele dividirse en cuatro especiales:

- Derechos Reales
- De Crédito
- De Familia
- De Sucesión

a las que se anteponen una parte general que contiene la exposición de los conceptos y principios comunes a todo el Derecho Privado".

Se advierte de la tesis de Cicu que este autor no postula autonomía del Derecho Familiar para independizarlo del Derecho Civil, pero situándolo en el Derecho Privado y colocarlo en una zona intermedia que viene hacer una zona de frontera con el Derecho Público.

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

liar" (3).

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

Sería proceder de una manera arbitraria el pretender cercenar dentro del conjunto general que implica en Derecho Civil o el Derecho Patrimonial, aquellas materias que son de interés ge

3) CICU, Antonio
Cit. por ROJINA Villegas, Rafael
Op. Cit. Págs. 206-207

neral para situarlas dentro del campo del Derecho Público, reservando las otras al Derecho Privado. En realidad con un sistema semejante el Derecho Privado quedaría integrado por un mínimo de normas y la mayoría de sus preceptos pasaría a integrar el Derecho Público, y es que, como sostiene atinadamente León Duwit en su Derecho Constitucional, todas las normas jurídicas por ser tales, tienen que tutelar intereses generales. Para el célebre jurista francés, es un contrasentido pensar que la norma jurídica garantiza exclusivamente intereses de particulares. Precisamente por ser normas de derecho, es decir, formas de disciplina social que tienen por objeto realizar la interdependencia humana, tiene que vincular intereses generales, aun cuando exista una mayor o menor predominación de éstos, sobre intereses de particulares" (4).

4) *Idea*. Pág. 298

CAPITULO SEGUNDO
EL DERECHO FAMILIAR

2.- EL DERECHO FAMILIAR

2.1.- SUJETOS DEL DERECHO FAMILIAR.-

Los sujetos en esta rama del Derecho Civil son fundamentalmente los parientes (por consanguinidad, afinidad o adopción), los cónyuges y las personas que ejerzan la Patria Potestad o Tutela. También debe mencionarse a los concubenarios, dado que algunos sistemas y especialmente nuestro Código Civil vigente, reconoce ciertas consecuencias jurídicas al concubinato, tanto entre las partes como con relación a los hijos habidos en el mismo.

En el Derecho de Familia, los sujetos que intervienen son personas físicas, excepcionalmente tenemos la ingerencia de algunos órganos estatales, como ocurre en el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijos, la patria potestad y la tutela, también debe reconocerse la intervención del Consejo de Tutelas como un Organismo Estatal que en el Código vigente tiene funciones importantes que cumplir.

a) PARIENTES.-

La categoría de parientes es esencial en el Derecho de Familia, por la diversidad de consecuencias jurídicas que se presentan tanto en el Parentesco Consanguíneo que es el principal

cuanto en la adopción o parentesco civil y en la afinidad que se crea por virtud del matrimonio entre el marido y los parientes de su mujer y entre ésta, y los parientes de aquél.

b) CONYUGES.-

La calidad de consortes o cónyuges es importantísima en el Derecho de Familia, en virtud de que no sólo crea los sujetos especiales del matrimonio, con el conjunto de derechos y obligaciones que recíprocamente la ley les concede e impone, sino que además se proyecta sobre los parientes legítimos y, especialmente, en las relaciones paterno-filiares.

c) PERSONAS QUE EJERZAN LA PATRIA POTESTAD Y MENORES SUJETOS A LA MISMA

Dentro del parentesco se originan las relaciones específicas que impone la Patria Potestad entre padres e hijos o, en su caso, entre abuelos y nietos. Por consiguiente se destacan aquí sujetos especiales del Derecho Familiar que deben diferenciarse de los parientes en general, pues los derechos y obligaciones que se originan por la Patria Potestad entre esa clase de sujetos, no son los mismos que de una manera general determina el parentesco.

d) TUTORES E INCAPACES.-

La incapacidad de ciertos sujetos (menores no sujetos a la patria potestad y mayores de edad privados de inteligencia o afectados en sus facultades mentales) origina que el Derecho Familiar regule relaciones específicas mediante la institución de la tutela, creándose así, como nuevos sujetos, a los tutores e incapaces, con el conjunto de derechos y obligaciones.

e) CONCUBINOS.-

En algunos sistemas como el nuestro se reconocen estos sujetos del Derecho Familiar (5).

2.2.- PARIENTES Y PARENTESCOS.-

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

5) ROJINA Villegas, Rafael
Compendio de Derecho Civil
Int. Personas y Familia
Editorial Porrúa, S.A.
México, D.F. 1989 Págs. 232-234

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

Según Antonio de Ibarrola, por parentesco debemos de interpretar como el lazo existente entre personas que proceden una de otra o tienen un autor en común o el establecido por la Ley Civil o Canónica, por analogía con los anteriores; o dicho de otro modo, lazos permanentes que existen entre dos o más personas por razón de tener una misma sangre, o de un acto que imita al del engendramiento y cuya similitud con éste se haya reconocido por la ley (6).

La doctrina señala tres fuentes del parentesco:

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

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

6) DE IBARROLA, Antonio
Derecho de Familia
Editorial Porrúa, S.A. Pág. 117
México, D.F.

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

Existen tres clases de parentesco:

- a) De Consanguinidad
- b) De Afinidad
- c) De Adopción o Civil

a) EL PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD.-

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

ARTICULO 347.- El Parentesco de Consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

b) PARENTESCO POR AFINIDAD.-

Nos dice el artículo 348 que el Parentesco por Afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los-

parientes de la mujer y, entre la mujer y los parientes del varón.

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

c) PARENTESCO DE ADOPCION O CIVIL.-

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

ARTICULO 349.- El Parentesco Civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado.

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

Existe un cuarto tipo de parentesco que inexplicablemente, nuestro Derecho no recoge; se trata del Parentesco Espiritual, el cual se produce con motivos de vínculos religiosos. Nuestro Derecho no lo reconoce y en consecuencia no le permite-

producir los efectos jurídicos del matrimonio. La Ley considera como concubinato, el matrimonio realizado sólo bajo las reglas de la iglesia.

2.2.1.- GRADOS DE PARENTESCO.-

2.2.1.1.- PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD.-

Las líneas de Parentesco de Consanguinidad pueden ser de diferentes formas:

a) EN LINEA RECTA.-

Se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras. El artículo 353 del Código Civil vigente para el estado de Guanajuato, nos dice que la línea recta puede ser ascendiente o descendiente.

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

- **La Línea Ascendiente:** Es la relación que existe con el progenitor o tronco de que procede.

- **La Línea Descendiente:** Es la que liga al progenitor con las que proceden de él.

b) EN LINEA TRANSVERSAL.-

Se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unos de otros proceden de un progenitor o tronco común (7). Al efecto el artículo 354 nos dice:

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

La Línea Transversal puede ser IGUAL o DESIGUAL, según las personas que se encuentren en el mismo grado o se encuentren en grados diferentes.

- **Línea Transversal Igual:** Así, vemos en esta Línea a los hermanos y primos hermanos.

- **Línea Transversal Desigual:** A los sobrinos y tíos.

- **Línea Materna o Paterna:** Se llama en uno u otro sentido según sea el progenitor de donde provenga. Los hijos de matrimonio o de padres conocidos tendrán forzosamente los dos.

Es de todos sabido cuáles son los casos de excepción:

- Hijo de padre desconocido
- Hijo de madre desconocida
- Hijo de padres desconocidos

Definiciones de diversos tipos de hijos desconocidos.

Varios son los tipos de hijos que se pueden presentar:

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

2.- **Bastardo.**- Hijo de persona no casada.

3.- **El Fornecino.**- Hijo producto de la fornicación.

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

5.- **Incestuoso.**- Hijo de ascendientes con descendientes

que, con motivo de la consanguinidad, están impedidos de la procreación.

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

La doctrina reconoce dos tipos de hermanos:

1.- **Unilaterales.**- Cuando sólo uno de los progenitores es reconocido.

2.- **Bilaterales.**- Cuando ambos progenitores son conocidos.

Cuando son unilaterales por la vía paterna, se llaman Consanguíneos, y por la vía materna, Uterinos.

Planiol distingue: cuando un pariente desciende de otro, se forma lo que se llama la Línea. Es el parentesco Directo que se presenta por medio de la que liga a uno de los parientes con el otro, sin importar el número de intermediarios en cuanto al parentesco que une a dos parientes que descienden de un autor o tronco común, es llamado:

- **Parentesco Colateral.**- Su representación gráfica forma un ángulo; los dos parientes ocupan el extremo inferior de-

los dos lados y el tronco común es colocado en el vértice (8).

2.2.1.2.- PARENTESCO DE AFINIDAD.-

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

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

En relación con la concubina y con el matrimonio que se

B) PLANIOL, Marcel
Cit. por ROJINA Villegas, Rafael
Compendio de Derecho Civil Int. Personas y Familia
Editorial Porrúa, S.A.
México, D.F. 1987

realiza sólo por la iglesia el Parentesco de Afinidad no se produce. Por ende el matrimonio es posible en el Derecho Civil entre dos personas aun cuando una de ellas hubiere tenido con anterioridad relaciones ilícitas con un ascendiente de la otra y aun cuando hubiere tenido con ella hijos (9). Por otra parte, el Parentesco de Afinidad no se extingue en la muerte o divorcio de cualquiera de los cónyuges, muerto o divorciado la prohibición subsiste.

2.2.1.3.- PARENTESCO CIVIL O DE ADOPCION.-

Su principal característica es que no se da en nuestro Derecho la adopción plena como sucede en el derecho francés y el adoptado no entra a la familia del adoptante en forma total o absoluta; ésto es, la relación jurídica sólo surte efectos entre el adoptante y el adoptado.

La adopción plena, que no está permitida en nuestro derecho, consiste en que el adoptado ingrese en la familia del adoptante como si fuera hijo natural o biológico.

Este tipo de parentesco crea la prohibición entre las-

9) ELIAS Azar, Edgar

Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano
Editorial Porrúa, S.A. Pág. 45
México, D.F. 1995

partes para contraer nupcias; así, el artículo 154 nos dice:

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

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

2.2.2.- CONSECUENCIAS JURIDICAS EN EL PARENTESCO.-

EL PARENTESCO:

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

Asimismo el PARENTESCO:

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

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

ARTICULO 153.- Son impedimentos para contraer matrimonio:

- 1.- La falta de edad requerida por la Ley, cuando no haya sido dispensada.

2.- La falta de consentimiento de quienes deban otorgarlo.

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

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

5.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado.

6.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio, con el que quede libre.

7.- La fuerza o miedo grave. En caso de rapto subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad.

8.- La embriaguez habitual, la morfinomanía, eteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. Las enfermedades o conformaciones especiales que sean contrarias a los fines del matrimonio, bien porque impidan las funciones relativas, bien porque sean contagiosas e incurables o bien porque científicamente hagan preveer algún perjuicio grave o degeneración para los descendientes en ese matrimonio. La impotencia no será impedimento cuando exista por la edad o por otra causa cualquiera, en alguno o en ambos contrayentes y sea conocida de ellos.

9.- La locura, el idiotismo y la imbecilidad.

10.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquélla con quien se pretenda contraer.

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

Otras prohibiciones pueden ser las señaladas en el artículo 57 que dice:

ARTICULO 57.- Los actos y actas del estado civil relativos al Oficial del Registro, a su consorte y a los ascen-

dientes y descendientes de cualquiera de ellos, no podrán autorizarse por el mismo oficial, pero se asentarán en las formas correspondientes y serán autorizadas por el oficial de la adscripción más próxima, o bien por la persona que para el efecto designe la dirección del Registro Civil.

Otra prohibición, puede ser la señalada en el artículo 2579, que a la letra dice:

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

Similar a la anterior prohibición, es la prevista en el artículo 2580 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, que a la letra dice:

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

La fracción IV del artículo 2758 prohíbe ser testigo del testamento a los hermanos o legatarios, sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos.

ARTICULO 2758.- No pueden ser testigo del testamento

- 1.- Los empleados del notario que lo autorice
- 2.- Los menores de 16 años.
- 3.- Los que no estén en su sano juicio.
- 4.- Los ciegos, sordos o mudos.

5.- Los herederos o legatarios; sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos. La intervención como testigo de una de las personas a que se refiere esta fracción, solo produce como efecto la nulidad de la disposición que beneficie a ella o a sus mencionados parientes. El notario está obligado a imponer al testador de este impedimento en especial.

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

El Código de Procedimientos Civiles, tiene muchas prohibiciones con el motivo del parentesco: Se impide a cualquier magistrado o juez o secretario conocer de los asuntos en que intervengan sus parientes, así como a peritos a rendir opiniones-

en proceso cuando haya parentesco de consanguinidad hasta el cuarto grado.

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

2.2.3.- CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL PARENTESCO DE AFINIDAD.-

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

Por otro lado, no produce la obligación de dar alimentos y la prohibición subsiste siempre, aun cuando el vínculo de afinidad haya desaparecido (10).

10) PACHECO Escobedo, Alberto
La Familia en el Derecho Civil Mexicano
Editorial Panorama Pág. 34
México, D.F. 1985

2.3.- PATERNIDAD Y FILIACION.-

La segunda fuente del Derecho de Familia es la procreación; es decir, que una pareja, por unión sexual, tenga un hijo, hecho que genera un vínculo biológico y un vínculo jurídico entre los progenitores: padre y madre, y el hijo de ambos. Desde el punto de vista jurídico, el vínculo recibe el nombre de paternidad cuando es visto desde el lado de los padres -la maternidad queda involucrada en este concepto-, y de filiación cuando se enfoca desde el ángulo del hijo. La filiación crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, de aquí que por paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y la madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos y deberes.

La paternidad y la filiación jurídica se basan en la filiación biológica, ya que de ella toman las presunciones e indicios para establecer tal vínculo. Ahora bien, no siempre ambas filiaciones coinciden, pues biológicamente no puede haber hijos sin padre y madre; en cambio, jurídicamente sí, ya sea porque los padres se desconozcan, o bien porque no se cubrieron las formalidades y los requisitos legales para que se establecieran la relación de derecho.

La paternidad se entiende pues, como el vínculo exis-

tente entre los padres y el hijo de éstos, visto desde el lado de los progenitores.

Para llevar a cabo la investigación concerniente a la maternidad, es necesario probar dos elementos:

1.- El hecho del parto.

2.- La identidad entre el ser que se dio a luz y el que pretenda serlo.

Y, en cuanto a la investigación de la paternidad, nuestro derecho establece dos vías de comprobación:

1.- Por reconocimiento voluntario

2.- Por reconocimiento forzoso a través del juicio de investigación de la paternidad.

2.3.1.- CONCEPTO DE FILIACION.-

El término filiación tiene en el derecho dos connotaciones:

a) Esta es amplísima, ya que comprende el vínculo-

jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solo referida en la línea, ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación, los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc.

b) Además, de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta: la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo.

Alberto Pacheco Escobedo, nos dice: "La filiación es una situación jurídica que deriva de un hecho natural de la procreación" (11).

"La filiación puede definirse entonces como la relación

11) *Idea*. Pág. 178

entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra".

Cicu agrega: "El hecho de la procreación interesa al derecho solamente en cuanto da lugar a una relación social especial. Precisamente por esto a de comprobar no el simple hecho de la procreación, sino el vínculo estable y duradero que de ella deriva. No se trata aquí de averiguar como se ha formado históricamente el núcleo familiar, ni porque se nos presenta tan vacío en su composición y en su ordenamiento. Interesa solamente hacer notar, cómo, dada la misión paterna y en consiguientes vínculo espiritual una vez que sean sentidos aquella y ésta, no solo por la madre, sino también por el padre, surge como consecuencia un vínculo estable entre el padre y la madre, que transforman la unión sexual en unión de vidas, en matrimonio. Por ello, cuando se considere que esa unión estable, es el medio más adecuado para el cumplimiento de los fines de la crianza y educación de los hijos, el derecho que la quiera garantizar debe referirla a su necesario supuesto.

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

Existen cuatro clases de filiación:

- 1.- Filiación Legítima.
- 2.- Filiación Natural o extramatrimonial.
- 3.- Filiación Legitimada.
- 4.- Filiación por Adopción.

2.3.2.- FILIACION LEGITIMA.-

Es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. En nuestro derecho se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres, y no simplemente que nazca durante el matrimonio, porque pudo haber sido concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya habían celebrado el matrimonio. Se concluye que lo que determina la filiación legítima no es el momento del nacimiento sino de la concepción.

En caso de nulidad del matrimonio, aun en las instituciones más extremas, los hijos se reputan como legítimos siempre y cuando hayan sido concebidos durante el matrimonio.

El artículo 311 del Código Civil vigente para el estado de Guanajuato, establece:

ARTICULO 311.- El matrimonio contraído de buena fe aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dura; y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la celebración de nulidad, si no se hubiesen separado los cónyuges, o desde su separación, en caso contrario.

ARTICULO 381.- Se presumen hijos de los cónyuges:

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

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

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

La prueba de la filiación legítima o matrimonial se-

establece normalmente con las actas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, unida a la identidad del presunto hijo con aquél a que el acta se refiere. La identidad se puede probar por cualquier medio, testigos o documentos.

La filiación matrimonial o legítima es la derivada del matrimonio. En esta filiación, los hijos de una mujer casada gozan de la presunción de que su padre es el marido de su madre. Esta presunción se le conoce por su nombre latino de **pater is est quem nuptiae demonstrat**, que se resume en los siguientes términos: es el padre el que el matrimonio indica, o sea el marido de la madre en el momento del nacimiento. Tal presunción se fundamenta en dos supuestos:

1.- La fidelidad de la esposa, consistente en no tener relaciones sexuales con otros hombres; sólo con su marido.

2.- La aptitud de la esposa para engendrar.

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

El plazo para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad, el esposo puede contradecir la paternidad de los hijos de su esposa a través de esta acción, la cual sólo podrá ejercerse dentro de determinado tiempo, así:

1.- Cuando al supuesto padre se le ocultó el nacimiento del hijo, tiene sesenta días contados a partir del día en el que descubrió el nacimiento ocultado.

2.- De sesenta días, a partir del día en que regresó y se enteró del nacimiento, por haber estado ausente.

En los casos en que el marido se encuentre incapacitado por demencia o imbecilidad, la acción podrá ser ejercida por su tutor, y si éste no lo hiciera podrán ejercerla los herederos, en el caso de que el incapacitado muriera.

Si el marido recobra la capacidad, el plazo para el ejercicio de tal acción empezará a correr desde el momento en que declare que la incapacidad ha cesado, y será de sesenta días.

En el caso de la acción de reclamación del estado de hijo de matrimonio, un supuesto hijo de matrimonio puede reclamar su estado de hijo aunque carezca de acta de nacimiento y de posesión de estado de hijo, y su acción es imprescriptible para-

él y sus descendientes, de allí que si el hijo no reclama podrán hacerlo los nietos o bisnietos, quienes pueden establecer su genealogía sin límite de grado o de tiempo. Para demandar su herencia, ésto es, para ejercer la acción de petición de herencia, la ley sólo les otorga diez años, pero para los demás efectos del parentesco (la obligación de alimentaria, uso del nombre, impedimentos matrimoniales) no hay tiempo de prescripción.

Ahora bien, cuando el acta de nacimiento contradice la posesión de estado de hijo de matrimonio, y se sostiene que ella no corresponde a la realidad que se refleja en la posesión de dicho estado, deberá obtenerse la nulidad o corrección de la misma.

2.3.3.- FILIACION NATURAL.-

Es la que corresponda al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio. Vuelve a tomarse en cuenta el momento de la concepción que la ley determina a través de presunciones, dentro del término mínimo o máximo del embarazo, para considerar que el hijo fue concebido cuando la madre no estaba unida en matrimonio.

Se distinguen diferentes formas de filiación natural:

- La Simple
- La Adulterina
- La Incestuosa

a) LA FILIACION NATURAL SIMPLE.-

Es aquélla, que corresponde al hijo concebido cuando su madre no se había unido en matrimonio, pero pudo legalmente celebrarlo con el padre, es decir, no había ningún impedimento que originase la nulidad de ese matrimonio, si se hubiera celebrado.

b) LA FILIACION NATURAL ADULTERINA.-

Es llamada así cuando el hijo es concebido por la madre, estando ésta unida en matrimonio y el padre es distinto del marido, o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa. El hecho de que uno de los progenitores esté unido en matrimonio con tercera persona, hará que el hijo sea natural-adulterino.

c) LA FILIACION NATURAL INCESTUOSA.-

Se da cuando el hijo es procreado por parientes en el grado que la ley impide el matrimonio, sin celebrar éste. Es-

decir, entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; entre hermanos, o sea, parientes en la línea colateral en segundo grado, sean hermanos por ambas líneas o medios hermanos y, finalmente, entre parientes en línea colateral de tercer grado: tío y sobrina, o sobrino y tía, aun cuando éste es un parentesco susceptible de dispensa, de no haberse dispensado y no habiéndose celebrado el matrimonio, como el hijo fue procreado por esos parientes fuera del mismo, se le considera incestuoso.

2.3.4.- FILIACION LEGITIMADA.-

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

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

2.3.5.- FILIACION ADOPTIVA.-

En todos los casos el estado de filiación se basa en el

hecho de la procreación del hijo por obra de quienes resultan legalmente sus padres. En la adopción se prescinde de este hecho: Se crea una relación entre padres e hijos, sin que éste haya sido procreado por aquél. Pero es también un estado de filiación que tiene caracteres propios y que sólo para ciertos efectos se equipara por la ley al estado de filiación legítima.

2.3.6.- CASOS DE PRESUNCION DE LA FILIACION.-

Si un hijo nace antes de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, no tiene la presunción de la legitimidad, pero si se casan sus padres y el padre no ejerce ninguna acción judicial para impugnar la paternidad, quedará legitimado. Lo que le da la legitimación a un menor es el momento de la concepción, sin importar si la madre era o no casada al momento de dar a luz a su hijo, pues en todo caso el que nazca durante ciento ochenta días, siguientes a la fecha del matrimonio, se previene legítimo hasta que el marido niegue la paternidad por la vía legal para tenerlo por legítimo (12).

Este principio tiene excepciones, las cuales están contempladas en el artículo 385, que a la letra dice:

12) ELIAS Azar, Edgar
Op. Cit. Pág. 251

ARTICULO 385.- El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

a) Si se probare que supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte; para ésto se requiere un principio de prueba por escrito.

b) Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento, y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar.

c) Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer y

d) Si el hijo no nació capaz de vivir.

Transcurridos, los ciento ochenta días del matrimonio si el nacimiento es posterior, la presunción de la legitimidad es caso absoluto y solo podrá ser impugnada por el padre en los términos del artículo 382, siempre y cuando pruebe el progenitor que físicamente le fue imposible tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han procedido al matrimonio.

ARTICULO 383.- El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposa; a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, no hubo acceso carnal con su esposa.

2.4.- OBJETOS DEL DERECHO FAMILIAR.-

2.4.1.- ENUMERACION DE LOS OBJETOS DEL DERECHO EN GENERAL.-

El derecho, se define como el conjunto de normas que tiene por objeto regular la conducta intersubjetiva que se manifiesta en facultades, deberes y sanciones. Por consiguiente, de este concepto se desprende cuál es el objeto del Derecho Objetivo, así como los diversos contenidos que puede presentar dicho objeto a través de la facultad jurídica, del deber o de la sanción.

2.4.2.- OBJETOS PROPIOS DEL DERECHO FAMILIAR.-

Aplicando lo anteriormente expuesto respecto a los objetivos del derecho en general, podemos decir que dentro del Derecho de Familia encontramos a su vez las distintas formas de conducta que hemos caracterizado como objetos directos de la-

regulación jurídica. De esta suerte tenemos derechos subjetivos familiares, que principalmente se manifiestan en el matrimonio, entre los consortes; en las relaciones de parentesco, entre los parientes por consanguinidad, afinidad y adopción; en las relaciones específicas de la patria potestad entre padres e hijos, abuelos y nietos; así como en todas las consecuencias generales de la filiación legítima y natural. También encontramos derechos subjetivos familiares en el régimen de la tutela como una institución que puede ser auxiliar de la patria potestad o independiente de la misma.

Los deberes subjetivos familiares se presentan como correlativos de los derechos antes mencionados, pero tienen una especial fisonomía debido a los distintos tipos de sujeción que se establecen en las relaciones conyugales, parentales, paternofiliales y tutelares. Así es como puede afectarse no sólo la conducta del sujeto pasivo, sino también su propia persona, su actividad jurídica y su patrimonio.

Las sanciones propias del Derecho Familiar, como otras formas de conducta que constituyen objetos directos del mismo, generalmente consisten, para los actos jurídicos, en la inexistencia y nulidad; pero también en la revocación y en la rescisión especial del Derecho de Familia, dada que en su forma última, que reconoce el Código Civil vigente, implica no la separación de-

cuerpos, como en el antiguo sistema, sino la disolución del matrimonio o el vínculo conyugal. También en el Derecho Familiar tenemos como sanciones generales la reparación del daño a través de formas compensatorias o de indemnización y la ejecución forzada.

CAPITULO TERCERO
EL DERECHO SUBJETIVO FAMILIAR

3.- EL DERECHO SUBJETIVO FAMILIAR

3.1.- DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES.-

Cabe definir los derechos subjetivos familiares diciendo que constituyen las diferentes facultades jurídicas que se originen por el matrimonio, el parentesco, la patria potestad, o la tutela, por virtud de las cuales un sujeto está autorizado por la norma de derecho para interferir lícitamente en la persona, en la conducta, en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto.

En cada una de las relaciones jurídicas, serán distintos los derechos subjetivos que se originen, de tal manera que no en todos se presentará la interferencia en igual grado, forma, tiempo o alcance.

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

En el matrimonio, bajo los sistemas en los que se reconoce la potestad marital, el marido si ejerce un derecho subjetivo sobre la persona, conducta, patrimonio y actividad jurídica de su mujer.

En cuanto a las relaciones que crea el parentesco:

A).- En el Parentesco Consanguíneo en línea recta, exceptuando las relaciones de patria potestad, los ascendientes de segundo o ulterior grados ya no ejercen derechos subjetivos sobre la persona, conducta, bienes y actividad jurídica de los ascendientes menores de edad, pues si viven los padres, los abuelos y demás ascendientes sólo podrán tener la facultad jurídica de exigir alimentos o de heredar en la sucesión legítima, en los casos y términos que determine la ley; si los padres han muerto, la patria potestad pasa primero a los abuelos paternos y a falta de ellos, a los abuelos maternos. En cuanto a los ascendientes de tercero o ulterior grados, no puede darse en nuestro derecho la posibilidad de que a falta de padres o abuelos, llegasen a ejercer la patria potestad, ya que todos los descendientes menores quedarán bajo tutela. Por lo tanto, este tipo de parentescos sólo puede tener, como ocurre con los abuelos, cuando éstos no ejercen la patria potestad, los derechos subjetivos de alimentos y herencia en la sucesión legítima.

B).- En el parentesco colateral no existe tampoco la posibilidad jurídica de que los mayores de edad ejerzan sobre los menores los derechos inherentes a la patria potestad que consiste en un poder directo sobre la persona, conducta, actividad jurídica y patrimonio de los sujetos pasivos; por lo tanto, sólo-

existen los derechos subjetivos de alimentos y herencia en la sucesión legítima, así como la posibilidad de poder ser tutores en el caso de que existan los supuestos para la tutela legítima a que se refiere la ley. Esta posibilidad está reconocida en el artículo 537 del Código Civil vigente para el estado de Guanajuato, en los siguientes términos: "La tutela legítima corresponde:

I.- A los hermanos, refiriéndose a los que lo sean por ambas líneas.

II.- Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive".

C).- En el parentesco por afinidad, nuestro sistema no reconoce derechos subjetivos de ninguna naturaleza entre el marido y los parientes consanguíneos de su mujer, y entre ésta y los parientes consanguíneos de aquél. Solo se le atribuyen consecuencias jurídicas al citado parentesco por afinidad para constituir un impedimento en la celebración del matrimonio, pero sólo entre los afines que se encuentran en la línea directa.

D).- En el parentesco por adopción, como el adoptado asume en todo y por todo la situación jurídica de un hijo legítimo, el adoptante tiene frente a él todos los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, por lo tanto, ejerce un -

derecho subjetivo de interferencia constante, mientras sea menor de edad, en su persona, conducta, patrimonio y actividad jurídica.

Respecto a la forma en que se ejercen los derechos subjetivos familiares, caben también diferencias según se trate de relaciones conyugales, parentales o inherentes a la patria potestad o tutela.

En la patria potestad y en la tutela, los derechos subjetivos ya no se regulan en la forma de igualdad y reciprocidad, sino que existe una subordinación jurídica de los menores e incapaces frente a los que ejercen la patria potestad o tutela.

Es evidente que el derecho subjetivo implica un deber jurídico correlativo en un sujeto obligado, pero en el matrimonio y en las relaciones que crea el parentesco (exceptuando las paterno-filiares), los derechos y obligaciones son recíprocos, de tal manera que no hay exclusivamente un sujeto facultado y un sujeto obligado. Ambos desempeñan alternativamente los papeles de sujetos activos y pasivos, dado que se crean derechos y obligaciones recíprocos. Por el contrario, en las relaciones que originan la patria potestad y la tutela no se atribuyen iguales derechos al menor o al incapaz, frente a quienes ejercen la patria potestad ni a todos se imponen iguales deberes, sino que fundamen

talmente las relaciones jurídicas se determinan de acuerdo con una jerarquía en la que los sujetos se encuentran en distintos planos, es decir, tenemos las relaciones de supraordinación y subordinación, respectivamente. Lo anterior no significa que quienes ejercen la patria potestad o la tutela no tengan obligaciones frente a los menores o incapaces, pero los deberes que se les imponen son de naturaleza distinta a los que a su vez determinan la ley respecto a los citados sujetos pasivos. Se trata en este caso de deberes que van indisolublemente ligados a las facultades y derechos que se reconocen en la patria potestad o tutela.

En cuanto al tiempo en que se ejercen los derechos subjetivos familiares, deben distinguirse las situaciones jurídicas que se crean respectivamente en el matrimonio, en la patria potestad, en la tutela y en el parentesco en general.

En el matrimonio, los derechos subjetivos de los consortes se ejercen de manera continuada durante todo el tiempo que permanezca vigente el vínculo conyugal.

En la patria potestad y en la tutela, los derechos subjetivos duran sólo el tiempo de la minoridad o incapacidad de los sujetos pasivos. Desde el punto de vista jurídico se extingue la patria potestad con la emancipación del hijo o por el hecho de

que éste llegue a la mayor edad, aun cuando simplemente los padres mantengan determinada autoridad de tipo espiritual. En la tutela, en tanto que subsiste la causa que dio motivo a la interdicción, se mantienen los derechos y el poder jurídico del tutor. Generalmente se trata de casos permanentes como la enajenación mental incurable, el idiotismo o la imbecilidad; pero pueden existir motivos de interdicción temporales, como son la embriaguez consuetudinaria, el uso excesivo de drogas enervantes o las perturbaciones mentales curables.

En las relaciones parentales, excluyendo las que se derivan de la filiación que origina la patria potestad, podemos decir que los derechos subjetivos tienen una existencia condicionada a circunstancias especiales que determinan su temporalidad, como ocurre, por ejemplo: en el derecho a exigir alimentos o a heredar en la sucesión legítima.

El tipo de interferencia en cuanto al alcance de los derechos subjetivos, va cambiando según se trate del matrimonio, patria potestad o tutela, simplemente de las relaciones generales que crea el parentesco.

En la patria potestad y en la tutela encontramos derechos subjetivos de interferencia constante en la persona, conducta, patrimonio y actividad jurídica de los incapaces.

La ley reconoce un poder jurídico en los que ejercen la patria potestad o tutela que permite interferir constantemente en toda la esfera jurídica de los menores y de los sujetos a interdicción. Esta ingerencia en la esfera jurídica se manifiesta en todos los aspectos que interesan al derecho, o sea, en la persona, conducta, patrimonio y actividad jurídica de los incapaces. Las prestaciones y deberes que se exigen a éstos, son principalmente de tolerancia a efecto de que sufran la intervención lícita que se opera en todas las manifestaciones de su esfera jurídica.

En las relaciones parentales se aflojan los vínculos a medida de que es más distante el grado de parentesco y van disminuyendo gradualmente los tipos de interferencia que la ley reconoce entre los sujetos relacionados, de tal manera que la mayor intensidad la vemos en la línea recta, pues en el primero y segundo grado puede dar origen a la patria potestad, para desaparecer en los ascendientes de tercero y ulterior grado. En esta línea se reconocen los derechos subjetivos de alimentos y de herencia en la sucesión legítima.

3.1.1.- CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS FAMILIARES.-

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

1.- DERECHOS FAMILIARES PATRIMONIALES Y NO PATRIMONIALES.-

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

Los derechos familiares patrimoniales no se atribuyen al particular para satisfacer su interés personal solo, sino para subvenir a una necesidad superior, o sea, familiar.

2.- DERECHOS FAMILIARES ABSOLUTOS Y RELATIVOS.-

- **LOS DERECHOS FAMILIARES ABSOLUTOS.-** Tienen las características de los derechos absolutos, que pueden ser oponibles a todo el mundo, valederos erga omnes. Se fundan, para tal aseveración, en que tales facultades jurídicas se presentan como manifestaciones del estado civil de las personas, participando de la naturaleza del mismo.

- **LOS DERECHOS FAMILIARES RELATIVOS.-** Son relativos, por ser oponibles exclusivamente a determinados sujetos pasivos, como son respectivamente los cónyuges, los parientes, los hijos o nietos menores de edad frente a sus padres o abuelos que ejercen la patria potestad y los incapaces en relación con su tutor.

Es indiscutible que el estado civil si crea una situación jurídica oponible a todo el mundo, por cuanto no se puede participar dentro del seno de la familia de una diversidad de estados, por el principio de la no contradicción, es decir, no se puede ser y no ser al mismo tiempo.

Debemos distinguir, para caracterizar los derechos relativos, exclusivamente el contenido propio de dichas facultades jurídicas, que es el único que debe ser oponible a un sujeto pasivo determinado. A su vez, para caracterizar los derechos absolutos debemos tomar en cuenta el contenido específico de los mismos, que debe ser oponible a todo el mundo, valedero *erga omnes*, sin distinción. Es decir, en los derechos absolutos no deben existir facultades que sólo sean oponibles en especial a sujetos determinados, y facultades que puedan ser oponibles a todos los terceros en general.

Tomando en cuenta que los derechos subjetivos familiares engendran prestaciones o abstenciones que sólo pueden ser exigibles a sujetos determinados, que son el otro cónyuge en las relaciones maritales, los incapaces en la patria potestad o tutela y el pariente considerado como sujeto pasivo en un determinado caso, podemos concluir que tales derechos familiares se caracterizan como relativos, sin que importe que, como en todo derecho, presenten un aspecto absoluto para el solo efecto de que

los terceros se abstengan de violar tales facultades, pues, existe necesariamente en todos los derechos subjetivos en acatamiento al principio general que impone el respeto de los derechos ajenos.

3.- DERECHOS FAMILIARES DE INTERES PUBLICO Y DE INTERES PRIVADO.-

Estos derechos subjetivos familiares, son tomando en cuenta el interés público y privado que existe en su constitución y ejercicio. Todos los derechos familiares son privados, por cuanto exclusivamente son oponibles a los particulares, es decir, no pueden ser públicos, porque no existen contra el Estado.

Los derechos familiares de interés público son los que principalmente organiza el derecho objetivo de familia, tanto en las relaciones conyugales como las que nacen del parentesco, la patria potestad o la tutela. El derecho de alimentos, se constituye y se ejercita tomando en cuenta un interés familiar y no un interés particular.

Los derechos subjetivos de familia, patrimoniales y no patrimoniales, son de interés público; que solo excepcionalmente encontramos ciertos derechos que se confieren en atención a un interés privado, como ocurre en los esponsales, en la sociedad conyugal en cuanto a los bienes, en el sistema de separación de-

los mismos, en las donaciones antenuptiales y entre consortes y en la remuneración que se otorga a los tutores o curadores.

4.- DERECHOS FAMILIARES TRANSMISIBLES E INTRANSMISIBLES.-

Todos los derechos familiares que no tienen el carácter de patrimonial son intransmisibles, en virtud de que se conceden en consideración a la persona del titular o a la especial relación jurídica que se constituye.

En los derechos inherentes a la patria potestad, a la tutela o al parentesco, existen estos derechos, es decir, se conceden tanto en consideración a la persona del titular, como atendiendo a la naturaleza misma de la relación jurídica de potestad, de tutela o parentesco. Por consiguiente, son también derechos intransmisibles.

En materia de alimentos, su carácter es intransmisible, pues depende exclusivamente de la relación de parentesco o es consecuencia del vínculo conyugal: en uno y otro caso tales relaciones se originan como personalísimas.

5.- DERECHOS FAMILIARES TEMPORALES Y VITALICIOS.-

Los derechos inherentes a la patria potestad y a la-

tutela se caracterizan como temporales debido a que se confieren solo durante la menor edad de los incapaces, o bien durante el tiempo que dure la interdicción de los mayores sujetos a la tutela. En cambio, en el matrimonio y en el parentesco, los derechos familiares tienen el carácter de vitalicios, pues se conceden durante la vida del cónyuge o del pariente respectivo.

6.- DERECHOS FAMILIARES RENUNCIABLES E IRRENUNCIABLES.-

Los derechos familiares extrapatrimoniales se caracterizan como irrenunciables, pero puede haber excusa para desempeñar respectivamente la patria potestad, la tutela o la curatela. En las relaciones conyugales, no cabe la renuncia de ninguna de las facultades que origina el matrimonio, de tal manera que cualquiera estipulación en ese sentido carecerá de efectos jurídicos. En cuanto a los derechos patrimoniales, la facultad de exigir alimentos se caracteriza como irrenunciable.

En cuanto al derecho subjetivo de heredar, la ley permite su renuncia.

Los derechos de administración de los bienes que se conceden en la patria potestad o tutela no son renunciables, pues fundamentalmente se otorgan en beneficio de los incapaces y para cumplir una función social de evidente interés público, pero cabe

la renuncia al usufructo legal de los que ejercen la patria potestad y a la remuneración que corresponde a los tutores y curadores.

7.- DERECHOS FAMILIARES TRANSIGIBLES E INTRANSIGIBLES.-

El artículo 2441 del Código Civil vigente para el Estado de Guanajuato estatuye: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio". En consecuencia, no puede celebrarse el contrato de transacción respecto de los derechos familiares extrapatrimoniales, como son todos los que derivan del estado civil de las personas. La razón es la siguiente: La transacción es un contrato por el cual las partes se hacen recíprocas concesiones con una doble finalidad:

a).- Terminar una controversia presente y prevenir una futura.

b).- Establecer la certidumbre jurídica en cuanto al alcance de sus derechos y obligaciones. Tratándose de los derechos familiares, no cabe en primer lugar que se hagan recíprocas concesiones, pues los mismos no dependen de la voluntad de los particulares, sino que imperativamente los establece la ley.

Además no puede haber duda respecto al alcance de los derechos y obligaciones inherentes a las relaciones familiares, porque tampoco dependen de los términos o estipulaciones de las partes, sino de lo que en cada caso estatuye expresamente la ley. Por lo tanto, desaparece o pierde su razón de ser el objeto principal de toda transacción, es decir, lograr la certidumbre jurídica, eliminando la duda en cuanto al alcance de los derechos y obligaciones disputados o que pudieran controvertirse en el futuro.

En cuanto a los derechos familiares patrimoniales, previene el artículo 2442 que: "Es válida la transacción sobre los derechos pecuniarios que de la declaración de estado civil pudieran deducirse a favor de una persona; pero la transacción, en tal caso no importa la adquisición del estado".

8.- DERECHOS FAMILIARES TRANSMISIBLES POR HERENCIA Y EXTINGUIBLES POR LA MUERTE DE SU TITULAR.-

Todos los derechos conyugales terminan con la muerte de uno de los cónyuges, pero en cuanto a la facultad para heredar en la sucesión legítima, como cónyuge supérstite, la ley reconoce expresamente esta posibilidad, permitiendo en el artículo 2863 que concurra a la herencia con los descendientes del **de cuius** y reciba la misma parte que correspondería a un hijo, siempre y-

cuando carezca de bienes o los que tenga al morir el autor de la sucesión no igualen a la porción que a cada hijo deba corresponder. Lo mismo se observará cuando concurren con hijos adoptivos del de cujus.

Además, se reconoce el derecho que tiene en la sociedad conyugal para continuar en la posesión y administración de los bienes que constituyan el fondo social.

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

En cuanto al derecho de heredar, es principio universalmente admitido de que el heredero debe sobrevivir al de cujus, de tal manera que si muere antes que él, no adquiere para sus causahabientes la porción que le correspondería de haber sobrevivido.

Los derechos inherentes a la patria potestad en principio no son transmisibles por herencia, pero el artículo 524 en-

realidad permite una forma de transmisión hereditaria desde el momento en que el ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado ejerzan la patria potestad, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquéllos sobre quienes la ejerzan, con inclusión del hijo póstumo. Es decir, el padre o el abuelo que sobreviva, puede excluir de la patria potestad al ascendiente de ulterior grado que conforme al artículo 468 sería llamado a ejercer ese derecho, transmitiendo al tutor testamentario que designe el conjunto de facultades que le correspondan por su cargo. Por ésto el artículo 525 dice: "El nombramiento de tutor testamentario hecho en los términos del artículo anterior, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados".

En cuanto a los cargos de tutor y curador, es evidente que se trata de funciones personalísimas que no pueden transmitirse hereditariamente.

3.2.- DEBERES SUBJETIVOS FAMILIARES.-

Los deberes subjetivos familiares se definen como los distintos estados de sujeción jurídica en los que se encuentran colocados respectivamente un cónyuge frente al otro, los incapaces en relación con los que ejercen la patria potestad o tutela y los parientes entre sí.

Los romanos clasificaron las obligaciones distinguiendo tres categorías principales:

- Obligaciones de dar.
- Obligaciones de hacer.
- Obligaciones de no hacer.

En los deberes subjetivos familiares las obligaciones de dar son excepcionales; en cambio, se presentan frecuentemente, las obligaciones de hacer y de no hacer. Además, podemos mencionar una cuarta categoría que no está comprendida en la clasificación romana, referente a las obligaciones o deberes de tolerancia. Esta especie no puede quedar comprenda en las obligaciones de no hacer, dado que éstas se caracterizan por la simple abstención del sujeto pasivo para realizar determinados hechos o actos jurídicos; en cambio, los deberes de tolerancia implican la posibilidad en el sujeto activo de interferir en la esfera jurídica del sujeto pasivo y la necesidad, por parte de éste, de sufrir el acto de interferencia en su persona, conducta, patrimonio o actividad jurídica.

Para los deberes jurídicos familiares, es esencial esta cuarta categoría, porque en las relaciones conyugales, parentales, tutelares o de potestad, el sujeto pasivo debe permitir que el pretensor interfiera directamente en su esfera jurídica de una

manera constante, principalmente en su persona, como ocurre en los deberes maritales de vida en común, cohabitación y débito carnal o en las relaciones de patria potestad y tutela, respecto a la educación, dirección y castigo de los menores e incapacitados; o bien, la interferencia puede ser constante en la esfera patrimonial, cuando el pretensor tiene un derecho de administración de los bienes del obligado, tal como pasa en las relaciones de potestad, pues por la incapacidad de ejercicio de los menores o de aquéllos que están sujetos a interdicción, se confiere a quienes desempeñan la patria potestad o la tutela, un derecho permanente e ininterrumpido sobre la administración de todo el patrimonio de los incapaces.

Las obligaciones de hacer existen también en las relaciones familiares, pero preferentemente las encontramos en el matrimonio.

En las relaciones inherentes en la patria potestad o a la tutela, los incapaces reportan como principal obligación de hacer, la de vivir al lado de sus padres, abuelos o tutores, respectivamente, así como la de obedecer y seguir las instrucciones del que ejerce la patria potestad. En este aspecto en realidad se configuran obligaciones naturales o de carácter moral, principalmente a cargo de los hijos o nietos, pues no tienen una sanción jurídica en la que exista un procedimiento coactivo para-

obligar a los citados descendientes a ejecutar aquellos hechos necesarios para cumplir con el deber de obediencia impuestos por la ley.

Tratándose de los menores o incapaces sujetos a tutela, existen fundamentalmente los mismos deberes jurídicos que se mencionaron para los menores bajo patria potestad; sin embargo, tomando en cuenta la naturaleza de los individuos mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo, imbecilidad o afectados por embriaguez consuetudinaria o uso habitual o inmoderado de drogas enervantes, no puede decirse que esa clase de sujetos reportan obligaciones de hacer semejantes a las de los menores de edad, pues su estado mental los coloca en una situación de irresponsabilidad que impide regular jurídicamente esta clase de obligaciones.

En las obligaciones que nacen del parentesco, principalmente encontramos prestaciones de dar, como son las relativas al deber de alimentos.

Las obligaciones de no hacer se regulan también en las relaciones familiares y, en general, implican el deber de respeto a los derechos que respectivamente impone el matrimonio, la patria potestad, la tutela y el parentesco.

3.2.1.- CLASIFICACION DE LOS DEBERES JURIDICOS FAMILIARES.-

Los deberes jurídicos familiares admiten las mismas clasificaciones para los derechos subjetivos familiares. Por consiguiente, podemos hablar de deberes patrimoniales y no patrimoniales, absolutos y relativos, de interés público y de interés privado, renunciables e irrenunciables, transmisibles e intransmisibles, temporales y vitalicios, transigibles e intransigibles, transmisibles por herencia y extinguidos por la muerte de su titular.

Los deberes de familia tendrán las características de los derechos correlativos. En consecuencia, habiendo determinado ya en qué casos tales facultades tienen los atributos mencionados, podemos consecuentemente apreciar a su vez la naturaleza jurídica de las obligaciones que son correlativas. Justamente la correlatividad a que nos referimos permite dar el mismo contenido a la facultad y al deber, pero visto desde el ángulo del pretensor o del obligado.

En los deberes jurídicos de carácter patrimonial conviene llamar la atención sobre la obligación de tolerancia que se crea por virtud del derecho de administrar bienes otorgados a los distintos representantes legales que intervienen en las relaciones familiares. Así es como los incapaces tienen la obligación de

tolerar la interferencia lícita que ejercen los ascendientes o tutores en el manejo de sus bienes. Por la misma razón, cuando existe sociedad conyugal, el cónyuge que carezca del derecho de administrar los bienes, debe soportar la intervención que ejerce el consorte facultado para realizar actos jurídicos de dominio o de administración en general.

3.3.- ACTOS JURIDICOS FAMILIARES.-

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

A continuación analizaremos sucesivamente los distintos elementos de la definición:

1.- Los actos jurídicos familiares pueden ser manifestaciones unilaterales o plurilaterales de la voluntad. En el reconocimiento de un hijo, cuando se hace dentro del término que la ley señala para presentarlo ante el Oficial de Registro Civil a efecto de que se extienda su acta de nacimiento, existe un acto jurídico unilateral, pues basta simplemente la manifestación de la voluntad del padre o de la madre que reconocen al hijo; en-

cambio, cuando dicho reconocimiento se hace después del citado término, la ley lo regula como un acto jurídico plurilateral, pues debe concurrir además de la voluntad del progenitor que reconozca, la del tutor especial que al efecto se designe.

Los actos jurídicos plurilaterales que regula el derecho familiar pueden subdividirse en actos bilaterales y plurilaterales en sentido estricto. Los primeros suponen sólo la concurrencia de dos voluntades, como los esponsales, o sea, la promesa recíproca de matrimonio que se hacen por escrito los novios. En los actos plurilaterales en sentido estricto concurren tres o más voluntades como sucede en el reconocimiento del hijo cuando es mayor de catorce años y menor de veintiuno; pues para la existencia de ese acto deben manifestarse respectivamente las voluntades del que reconoce, del tutor y del hijo. En la adopción tenemos también un acto jurídico plurilateral por cuando que deben concurrir respectivamente el adoptante, los padres del adoptado, éste si es mayor de catorce años de edad, el que ejerza la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar o el tutor en su caso; el Ministerio Público del lugar del domicilio del menor cuando éste no tenga padres conocidos, ni tutor o persona que ostensiblemente le imparta su protección o lo haya acogido como hijo.

El matrimonio constituye el principal acto jurídico del

Derecho Familiar y se caracteriza como plurilateral, pues no sólo se forma por las manifestaciones de voluntad de los contrayentes, sino también por la declaración que hace el Oficial del Registro Civil en los términos del artículo 105 después de haber preguntado a los pretendientes "si es su voluntad unirse en matrimonio"; declaración que consiste en considerarlos marido y mujer de acuerdo con los términos de la ley.

En los actos jurídicos que tienen consecuencias patrimoniales en el derecho familiar, podemos mencionar las donaciones antenuptiales y entre consortes, los convenios de sociedad conyugal o de separación de bienes y la constitución del patrimonio familiar. Dichos actos, exceptuando el último, se caracterizan como bilaterales; en cambio la constitución del patrimonio familiar puede realizarse por declaración unilateral del jefe de la familia que designe los bienes que conforme a la ley habrá de constituir dicho patrimonio, o por acuerdo entre los cónyuges para afectar determinados bienes a ese fin.

2.- Como segundo elemento de esta definición propuesta indicamos que la manifestación de voluntad debe tener por objeto crear, modificar o extinguir derechos familiares o situaciones jurídicas permanentes respecto al estado civil de las personas.

Normalmente el acto jurídico tiene cuatro funciones:

- a) Crear
- b) Transmitir
- c) Modificar
- d) Extinguir derechos y obligaciones

En el régimen jurídico de la familia el efecto modificativo es excepcional; en cambio, frecuentemente encontramos actos de creación de derechos y obligaciones o de situaciones jurídicas permanentes en relación con el estado civil de las personas, como sucede en el matrimonio, en la adopción en el reconocimiento de hijos. También existen actos jurídicos que tienen por objeto extinguir los derechos, las obligaciones o determinados estados civiles.

El efecto principal de los actos jurídicos familiares, consiste en crear un estado civil para las personas que intervengan en dichos actos.

En los actos jurídicos del derecho familiar se debe distinguir la simple situación jurídica constitutiva de derechos y obligaciones que no crean un estado civil, como ocurre en los esponsales, en las donaciones antenuptiales y entre consortes, de aquella otra situación en la que nace un estado permanente para producir múltiples consecuencias en los diferentes ordenes de vida familiar.

3.3.1.- CLASIFICACION DE LOS ACTOS JURIDICOS FAMILIARES.-

Como ya se ha expresado un primer criterio de clasificación para distinguir tales actos en unilaterales, bilaterales y plurilaterales. Desde otro punto de vista podemos distinguir actos jurídicos privados, públicos y mixtos.

Los actos jurídicos privados son aquellos que se realizan por la simple intervención de los particulares. Es decir, no requieren para su constitución que intervenga un funcionario público. Tales serían en el derecho familiar los esponsales, las donaciones antenuptiales y entre consortes, las capitulaciones matrimoniales de sociedad conyugal o de separación de bienes y en cierto sentido la constitución del patrimonio familiar.

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

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

Desde otro punto de vista podemos clasificar los actos jurídicos del derecho familiar distinguiendo aquellos que producen exclusivamente consecuencias patrimoniales y los que tienen por objeto crear determinados estados civiles entre las personas.

En los actos jurídicos familiares de contenido patrimonial quedan comprendidos los contratos de donación entre consortes, las donaciones antenuptiales, la sociedad conyugal y el convenio de separación de bienes.

3.4.- SANCIONES DEL DERECHO FAMILIAR.-

Las principales sanciones que regula el Derecho Familiar son las siguientes:

- Inexistencia

- Nulidad
- Revocación
- Divorcio
- Reparación del Daño
- Ejecución Forzada
- Uso de la Fuerza Pública
- Cumplimiento por equivalente de algunas prestaciones.

Podemos distinguir en términos generales las sanciones del derecho privado y las sanciones del derecho público. Las sanciones del derecho privado comprenden las distintas formas antes enunciadas.

En el derecho público tenemos principalmente las sanciones específicas del derecho penal, que se traducen en formas privativas de la libertad y en ocasiones hasta de la vida misma; también en este derecho se especifican como sanciones, distintas formas de afectación patrimonial que son comunes en el derecho privado y la inexistencia, nulidad y ejecución coactiva del Estado.

1.- INEXISTENCIA.-

Es una sanción que tiene por objeto declarar que un acto jurídico carece de sus elementos esenciales y, por lo tanto,

es la nada para los efectos del derecho. Es decir, se desconoce toda existencia al acto jurídico y se le priva totalmente de efectos, en virtud de que la falta al mismo un elemento esencial o de definición, sin el cual no puede concebirse siquiera.

2.- NULIDAD.-

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

3.- REVOCACION.-

Esta puede tener dos aspectos; como sanción cuando una de las partes está facultada para dejar sin efectos un acto jurídico, o bien, como un simple acuerdo entre los interesados para destruir, por mutuo disenso, todas las consecuencias de un acto jurídico.

La revocación como sanción jurídica está reconocida en el derecho de familia, tratándose de la adopción pues el artículo 459 permite que por ingratitud del adoptado, el adoptante exija jurídicamente que se declare por sentencia la revocación.

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

4.- DIVORCIO.-

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

5.- REPARACION DEL DAÑO.-

Es una sanción del derecho privado en general, pero tiene principalmente aplicación, tratándose de las relaciones patrimoniales. En el derecho de familia, la ley se refiere a-

diferentes formas de reparación del daño Moral o Patrimonial, por diversos hechos ilícitos.

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

6.- EJECUCION FORZADA Y USO DE LA FUERZA PUBLICA.-

La ejecución forzada se refiere en general al embargo de bienes de todo aquél que resulte condenado en juicio; también puede imponerse como acto inicial del mismo en los casos en que proceda la vía ejecutiva o como diligencia perjudicial, cuando hubiere temor de que el deudor oculte o enajene sus bienes. En el derecho familiar existe también la Ejecución Forzada, supuestos que se presentan casos en los que es necesario proceder al embargo de bienes del deudor o del sujeto responsable de los daños y perjuicios causados.

Podemos señalar dos casos principales:

a).- Cuando la mujer se niega a vivir con su marido.

b).- Cuando el menor y el incapaz se niegan a vivir con los que ejercen la patria potestad o la tutela. En ambas situaciones es lícito que el pretensor, previo el procedimiento judicial respectivo, exija el auxilio de la fuerza pública para obligar a la esposa o al incapaz, en sus respectivos casos, a que cumplan con el deber de convivencia establecido por la ley.

7.- CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENTE DE ALGUNAS PRESTACIONES.-

En el Derecho Civil Patrimonial es frecuente que las prestaciones incumplidas se traduzcan en un equivalente a efecto de llevar a cabo la ejecución forzada sobre los bienes del deudor. Es decir, en aquellos casos en que no es posible obtener que el obligado realice exactamente la prestación debida, bien por que no se pueda hacer coacción sobre su persona en las obligaciones de hacer, o porque no existan ya las cosas debidas en las obligaciones de dar, se recurre a una prestación por equivalente para compensar al acreedor o al sujeto activo en las relaciones patrimoniales en general. En el Derecho de Familia, las obligaciones que se han analizado, generalmente no motivan su conversión en su equivalente pecuniario, de tal manera que solo se podrá recurrir a este medio cuando se trate de prestaciones económicas, como la obligación alimentaria y la responsabilidad por daños y perjuicios.

8.- SANCIONES ESPECIALES EN EL DERECHO FAMILIAR.-

Además del divorcio como sanción específica en las relaciones conyugales, podemos citar la pérdida y suspensión de la patria potestad, así como las incapacidades para desempeñar el cargo de tutor y, la pérdida y suspensión del mismo (12 b).

12 b) ROJINA Villegas, Rafael
Derecho Civil Mexicano 6a. Ed.
Editorial Porrúa T. II Derecho de familia
México, D.F. 1983

CAPITULO CUARTO
CONCEPTO JURIDICO DE LA
PATRIA POTESTAD

4.- CONCEPTO JURIDICO DE LA PATRIA P O T E S T A D

4.1.- CONCEPTO JURIDICO DE LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD.-

La Patria Potestad, viene del latín *patrius, a, um*, lo relativo al padre, *potesta, potestad* (13).

La Patria Potestad toma su origen de la filiación. Es una Institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos del matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil).

Rafael de Pina define a la Patria Potestad como "Conjunto de las facultades -que se supone también deberes- conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no-

13) DE IBARROLA, Antonio
Derecho de Familia
Editorial Porrúa, S.A. Pág. 441
México, D.F.

emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes (14).

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

Por su parte Planiol define la Patria Potestad como "El conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales" (15).

La Patria Potestad es una institución necesaria que da cohesión al grupo familiar. En las antiguas legislaciones, surgía legalmente sólo dentro de la familia legítima; no se establecía respecto de los hijos naturales. En nuestro Código Civil la Patria Potestad es una institución que nace de la relación pater-filial, de esta manera la ley ha querido que este deber de-

14) DE PINA Vara, Rafael
Diccionario de Derecho
Editorial Porrúa, S.A. Pág. 399
México, D.F. 1991

15) PLANIOL
Tratado Elemental Tomo II
Pág. 251 No. 1636

proteger y cuidar a los hijos, no dependa de la existencia del vínculo matrimonial sino de la procreación, o de la adopción que impone a cargo de los padres, la ineludible obligación de criarlos y educarlos convenientemente.

El cuidado y protección de los menores, que corresponde desempeñar en manera original y por decirlo así natural, al padre y a la madre, atribuye un complejo de facultades y derechos a los progenitores para que en el ejercicio de esa autoridad, puedan cumplir esa función ético social que actualmente es la razón que funda la autoridad paterna.

En este sentido, el concepto de Patria Potestad es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. En esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad.

4.2.- EVOLUCION HISTORICA.-

La institución de la Patria Potestad se origina en el derecho romano; el mismo nombre denuncia su origen y su carácter, que ha venido variando a lo largo del tiempo y del cual subsiste exclusivamente el nombre. Consistía en una efectiva potestad o poder sobre los hijos y sus descendientes, ejercido sólo por el-

ascendiente varón de más edad. Tenía carácter perpetuo y se fundaba en el concepto de soberanía doméstica de donde se originó el término, ya que era un poder real y efectivo del **pater familias** (no del padre y, menos de la madre) sobre todos sus descendientes, y se prolongaba por toda la vida de los sujetos.

Se equiparaba a la potestad marital que se tenía respecto a la mujer y era equivalente en menor grado, a la potestad sobre los esclavos. Se establece en beneficio del jefe de la familia, quien podía rechazarla si así le convenía; sus facultades abarcaban la persona y los bienes de los hijos, a grado tal que podía venderlos como esclavos si lo hacía fuera de Roma, e incluso condenarlos a muerte. El **pater** era dueño de todos los bienes que el hijo adquiriría, con un poder absoluto y dictatorial.

Estas características fueron suavizándose a través del tiempo, especialmente con el advenimiento del cristianismo. Cada vez se atendía más al interés del hijo entendiéndose la Patria Potestad más como una función obligatoria que como un derecho. Por el sistema de los peculios el hijo pudo tener patrimonio y administrar sus propios bienes, hasta convertirse en una institución protectora del menor.

En el derecho germánico encontramos un antecedente importante del concepto moderno de patria potestad; la *munt* que

tuvo un carácter tuitivo (que define, ampara, protege) como lo tiene actualmente. El poder de los padres era compartido y no era vitalicio, como sucedía en algunos casos en el derecho romano.

La España de la edad media recoge la **mut** germánica sin atender en este capítulo al derecho romano que, era muy drástico y excluía a la mujer de ese ejercicio.

Es ejercida primeramente por ambos padres y a falta de éstos, por los abuelos, independientemente de su sexo. Tiene carácter transitorio pues sólo dura hasta la mayoría de edad o la emancipación del hijo. No afecta la capacidad de goce del menor y sólo limita, en su provecho su capacidad de ejercicio.

4.2.1.- DIFERENCIAS ENTRE LA INSTITUCION ROMANA Y LA ACTUAL.-

PATRIA POTESTAD ROMANA

PATRIA POTESTAD MODERNA

1.- Estaba estatuida en beneficio del grupo familiar representado por el **pater familias**.

1.- Se establece en beneficio del menor.

2.- Era facultad del **pater familias** o sea del varón de mayor edad, y nunca

2.- Es facultad de la pareja, si viven juntos o están casados. Si vi

6.- La ejerce el más viejo de los progenitores sobre los hijos y nietos, excluyendo al progenitor inmediato.

8.- La ejercen los padres y sólo en ausencia de ellos pueden ejercerla los abuelos.

4.3.- LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE.-

4.3.1.- CARACTERISTICAS.-

El Código Civil de 1928 establece que la Patria Potestad es ejercida conjuntamente por el padre y la madre, a falta de éstos los abuelos paternos o el que sobreviva y, en ausencia de éstos últimos por los maternos, o el que sobreviva.

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

1.- CARGO DE INTERES PUBLICO.-

El deber de los padres es velar por el interés y educación de los hijos y, darles protección a éstos. Es un conjunto de obligaciones, cuyo cumplimiento no se deja al arbitrio de las partes y que, aun cuando la ley las considera derecho subjetivo, no pueden ser modificadas por los particulares. Así son de inte-

de la mujer.

3.- Era perpetua mientras viviera el pater familias, independientemente de la edad del hijo.

4.- Los bienes que obtenía el alieni juris correspondía al pater familias, él carecía de bienes propios.

5.- La patria potestad era renunciabile; el pater podía renunciar a ella.

ven separados o no se ponen de acuerdo, será uno u otro atendiendo a la resolución del juez.

3.- Se limita a la menor edad del hijo y termina con la emancipación por el matrimonio del menor.

4.- Los bienes que obtienen los hijos los hijos por cualquier título, tanto los ganados con su trabajo como los adquiridos por dones de la fortuna (herencias, donaciones, loterías), les pertenecen en propiedad. Se diferencian sólo en cuanto a la administración de los primeros, la propiedad, sus frutos y la administración corresponde de forma exclusiva al hijo, y de los segundos la propiedad es del hijo pero la administración corresponde al padre.

5.- La Patria Potestad es irrenunciabile.

rés público, no son modificables y ponen en su carácter de públicas las características de la obligatoriedad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, temporalidad y excusabilidad.

2.- IRRENUNCIABLE.-

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

La razón de lo irrenunciable de su ejercicio está implícitamente contenida en la propia obligación de naturaleza pública que pretende proteger a los menores, no dejándolos en estado de abandono, de manera que, por efectos de la filiación, siempre exista alguien que vea por ellos. Aquí encontramos apoyos para señalar el carácter público de esta obligación.

3.- INTRASFERIBLE.-

Salvo el caso de la adopción, en que la patria potestad que se ejerce sobre un menor puede ser transferible a otra persona, no existe ninguna vía para que un padre pueda transmitir esta obligación a otra persona, debe ejercerla personalísimamente y-

sólo por muerte o incapacidad puede extinguirse para que otro la ejerza.

4.- IMPRESCRIPTIBLE.-

La Patria Potestad no sufre modificación alguna por el transcurso del tiempo, es decir, que si una persona realiza funciones del padre por algún tiempo, cualquiera que sea éste, o deje de realizarlas, no adquirirá ni perderá la Patria Potestad del menor. La Patria Potestad se adquiere por la filiación o la adopción y, el transcurso del tiempo en nada influye ni para adquirirla ni para perderla. La ley tiene su orden para ejercerla: Los padres la ejercen en primer lugar, a falta de ellos los abuelos paternos, en ausencia de éstos los maternos y, a falta de todos es el Juez de lo Familiar quien dictará (Art. 468).

Sobre los hijos adoptados, solamente ejercerá la Patria Potestad la persona que lo adopte, sin que en ningún caso esa adopción surta efectos en relación con los abuelos o demás parientes del adoptante (14).

5.- EL TEMPORAL.-

La Patria Potestad subsiste mientras tenga el menor de-

14) *Idea.* Pág. 147

de la mujer.

ven separados o no se ponen de acuerdo, será uno u otro atendiendo a la resolución del juez.

3.- Era perpetua mientras viviera el pater familias, independientemente de la edad del hijo.

3.- Se limita a la menor edad del hijo y termina con la emancipación por el matrimonio del menor.

4.- Los bienes que obtenía el alieni juris correspondía al pater familias, él carecía de bienes propios.

4.- Los bienes que obtienen los hijos los hijos por cualquier título, tanto los ganados con su trabajo como los adquiridos por dones de la fortuna (herencias, donaciones, loterías), les pertenecen en propiedad. Se diferencian sólo en cuanto a la administración de los primeros, la propiedad, sus frutos y la administración corresponde de forma exclusiva al hijo, y de los segundos la propiedad es del hijo pero la administración corresponde al padre.

5.- La patria potestad era renunciabile; el pater podía renunciar a ella.

5.- La Patria Potestad es irrenunciabile.

6.- La ejercía el más viejo de los progenitores sobre los hijos y nietos, excluyendo al progenitor inmediato.

6.- La ejercen los padres y sólo en ausencia de ellos pueden ejercerla los abuelos.

4.3.- LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE.-

4.3.1.- CARACTERISTICAS.-

El Código Civil de 1928 establece que la Patria Potestad es ejercida conjuntamente por el padre y la madre, a falta de éstos los abuelos paternos o el que sobreviva y, en ausencia de éstos últimos por los maternos, o el que sobreviva.

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

1.- CARGO DE INTERES PUBLICO.-

El deber de los padres es velar por el interés y educación de los hijos y, darles protección a éstos. Es un conjunto de obligaciones, cuyo cumplimiento no se deja al arbitrio de las partes y que, aun cuando la ley las considera derecho subjetivo, no pueden ser modificadas por los particulares. Así son de inte-

rés público, no son modificables y ponen en su carácter de públicas las características de la obligatoriedad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, temporalidad y excusabilidad.

2.- IRRENUNCIABLE.-

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

La razón de lo irrenunciable de su ejercicio está implícitamente contenida en la propia obligación de naturaleza pública que pretende proteger a los menores, no dejándolos en estado de abandono, de manera que, por efectos de la filiación, siempre exista alguien que vea por ellos. Aquí encontramos apoyos para señalar el carácter público de esta obligación.

3.- INTRASFERIBLE.-

Salvo el caso de la adopción, en que la patria potestad que se ejerce sobre un menor puede ser transferible a otra persona, no existe ninguna vía para que un padre pueda transmitir esta obligación a otra persona, debe ejercerla personalísimamente y-

sólo por muerte o incapacidad puede extinguirse para que otro la ejerza.

4.- IMPRESCRIPTIBLE.-

La Patria Potestad no sufre modificación alguna por el transcurso del tiempo, es decir, que si una persona realiza funciones del padre por algún tiempo, cualquiera que sea éste, o deje de realizarlas, no adquirirá ni perderá la Patria Potestad del menor. La Patria Potestad se adquiere por la filiación o la adopción y, el transcurso del tiempo en nada influye ni para adquirirla ni para perderla. La ley tiene su orden para ejercerla: Los padres la ejercen en primer lugar, a falta de ellos los abuelos paternos, en ausencia de éstos los maternos y, a falta de todos es el Juez de lo Familiar quien dictará (Art. 468).

Sobre los hijos adoptados, solamente ejercerá la Patria Potestad la persona que lo adopte, sin que en ningún caso esa adopción surta efectos en relación con los abuelos o demás parientes del adoptante (14).

5.- EL TEMPORAL.-

La Patria Potestad subsiste mientras tenga el menor de-

14) *Idea*. Pág. 147

dieciocho años de edad, es decir, mientras alcance la mayoría de edad, o contraiga nupcias y cobre la calidad de emancipado o, tratándose de incapacitados, mientras dure este estado.

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

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

6.- EXCUSABLE.-

La ley no permite la renuncia en la Patria Potestad, pero si la excusa en los términos del artículo 501, que a la letra dice:

ARTICULO 501.- La Patria Potestad no es renunciable por el padre ni por la madre.

Los abuelos podrán excusarse de ejercerla cuando tengan sesenta años cumplidos o cuando por el mal estado habitual de su salud no puedan atender debidamente a su desempeño.

El ascendiente que renuncia a la Patria Potestad o se excuse de desempeñarla, no podrá recobrarla.

7.- FUERA DEL COMERCIO.-

Los derechos y deberes de la Patria Potestad no pueden ser objeto de comercio o permuta o cualquier otro contrato; ni sujetarse a transacciones ni compromiso arbitral en los términos del artículo 2441.

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

4.4.- CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.-

La autoridad paterna se ejerce sobre la persona y los bienes del hijo. La atribución de esta función protectora de los hijos menores, descansa en la confianza que inspiran por razón natural, los ascendientes, para desempeñar esta función.

El derecho objetivo toma en cuenta consideraciones de orden natural, ético y social, para hacer de los padres las personas idóneas para cumplir esa misión.

La Patria Potestad tiene un contenido de orden natural (la procreación), y a veces afectivo (la adopción) de carácter ético (el deber de mirar por el interés de la prole) y un aspecto social (la misión de corresponder a los padres de formar

hombres útiles a la sociedad).

En el primer aspecto, es decir, desde el punto de vista natural, no puede negarse que el ordenamiento jurídico, toma en cuenta el sentimiento de afecto y el interés de los progenitores, para desempeñar ese cargo en la manera más eficaz (15).

La Patria Potestad forma parte importante de la organización de aquel grupo social primario que es la familia. Observa BARASSI que en el agregado de la familia, falta aquella voluntad superior del estado en el proceso formativo de la misma; el grupo de la familia surge en manera natural dentro del orden social; a caso -agrega el autor- la función del estado habrá de consistir en imprimir impulso y desarrollo a la formación espontánea de los grupos familiares, respetándolos, como lo ha hecho con la persona física (16).

El contenido ético de las relaciones jurídicas entre los progenitores que ejercen la Patria Potestad y los hijos, se-

15) ROSA, Antonio de
La Tutela Degli Incapaci
Editorial Dott. A. Giuffre
Milán 1962 Pág. 52

16) BARASSI, Lodovico
La Famiglia Legittima nel Nuovo Codice Civile
A Giuffre Editare
Milán 1947 Pág. 190

presentan en el estado de obediencia y de respeto de los descendientes hacia los padres. El artículo 465 del Código Civil vigente para el estado de Guanajuato dispone que los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. Este precepto legal expresa en términos jurídicos, el deber moral de los hijos que contiene el Decálogo: "Honrarás a tú padre y a tú madre".

Desde el punto de vista de la autoridad paterna, el fundamento ético de la Patria Potestad consiste en que la función encomendada al padre y a la madre, no se agota en la procreación del hijo o de los hijos, impone a los padres la responsabilidad moral de la formación de sus menores hijos desde el punto de vista físico, intelectual y espiritual.

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 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 encuentre sólidamente establecida dentro del grupo familiar y explica a la vez por qué en el derecho privado, se reúne en esta institución,-

el interés superior de la familia y el interés público de la sociedad y del estado.

CAPITULO QUINTO
DERECHOS Y OBLIGACIONES

5.- DERECHOS Y OBLIGACIONES.-

5.1.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS MENORES.-

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

Los hijos, en el marco del hogar y de la patria potestad, le deben respeto y obediencia a sus padres y así lo reconoce la ley. En el precepto antes mencionado carece de sanciones en caso de incumplimiento.

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

Otro aspecto de carácter ético es aquél que prohíbe al hijo sometido a la patria potestad, dejar la casa de sus padres sin la autorización de ellos o sin el permiso de la autoridad-

competente conforme a la ley en los términos del artículo 475 del Código Civil. A contrario sensu se concluye la obligación del menor de vivir siempre con sus padres o abuelos, según el caso, en el domicilio que contengan éstos establecido.

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

5.2.- SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD.-

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

a).- LOS SUJETOS ACTIVOS DE LA PATRIA POTESTAD SON:

1.- Los padres conjuntamente o el que sobreviva. A falta de éstos

2.- Los abuelos paternos o el que sobreviva. A falta de éstos

3.- Los abuelos maternos o el que sobreviva. A falta de éstos.

4.- El juez designará un tutor (tutela dativa).

b).- LOS SUJETOS PASIVOS DE LA PATRIA POTESTAD SON:

1.- Los hijos

2.- Los nietos, etc.

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

Lo anterior se aplica para los hijos legítimos. Pero ¿Qué sucede con los hijos habidos fuera del matrimonio?. El artículo 469 nos dice:

ARTICULO 469.- Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos, ejercen ambos la patria potestad.

ARTICULO 436.- Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá sobre él la Patria Potestad, y en caso de que no lo hicieren, el juez de primera instancia de lo civil, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más-

conveniente a los intereses del menor.

ARTICULO 437.- En caso del que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por padres que no vivan juntas, ejercerá la Patria Potestad el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres y, siempre que el juez de primera instancia de lo civil no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

De este último artículo se desprende que existe el reconocimiento sucesivo de los padres que no viven juntos, es decir, cualquiera de ellos puede reconocerlo primero y más tarde el otro; cabe señalar que lo lógico es que primero lo reconozca la madre y luego el padre; si ésta no hace el señalamiento de quién es el padre, aunque este último lo quisiera reconocer se encontrará impedido para hacerlos, es decir ya se dijo, sin este requisito la paternidad en función de este menor no podrá existir jurídicamente.

5.3.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD.-

La Patria Potestad se descompone en una serie de dere-

chos y de obligaciones determinados por la ley. A menudo las obligaciones son correlativas a los derechos.

Es Necesario Considerar Sucesivamente:

- 1.- La tenencia y educación del hijo
- 2.- Su mantenimiento y establecimiento
- 3.- La atribución de las rentas de sus bienes llamada
Usufructo Legal.

5.3.1.- EDUCACION DEL HIJO.-

El cuidado de dirigir la educación del hijo, de reglar su conducta, de formar su carácter y sus ideas, es lo esencial de la tarea que los padres tienen que cumplir. Debe resolver las más graves cuestiones: la educación de la religión que se enseñará al hijo, la carrera para la cual se le preparará, etc.

El artículo 476, del Código Civil nos dice al respecto:

ARTICULO 476.- A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando llegue a conocimiento del Agente del Ministerio Público que las personas de que se trata no cumplen con esta obligación, promoverá lo que corresponda.

Los padres tienen un deber moral, que es difícil transformar en una obligación jurídica precisa. Pero los padres no podrían cumplir ese deber si no hubieran recibido derechos especiales, es posible distinguir tres:

- 1.- El Derecho de Guarda
- 2.- El Derecho de Dirección y de Vigilancia
- 3.- El Derecho de Corrección

a).- GUARDA DEL HIJO.-

La guarda de un hijo es el derecho, para quien lo posee, de retener a aquél en su caso. En consecuencia, el padre -si tiene la guarda de su hijo- puede forzar a éste a habitar con él y, en caso de necesidad, hacerlo volver a su domicilio mediante la fuerza pública.

La guarda del hijo no sólo constituye un derecho para los padres sino también una obligación de la que no pueden, en principio, liberarse.

En cuanto a darles un domicilio, el artículo 32 fracción I del Código Civil, dice:

ARTICULO 32.- Se reputa domicilio legal:

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

b).- Del menor que no esté bajo la patria potestad del mayor incapacitado, el de su tutor,

c).- De los militares en servicio activo, el lugar donde están destinados.

d).- De los funcionarios y empleados públicos, el lugar donde desempeñan sus funciones por más de seis meses. Los que por tiempo menor desempeñen alguna comisión, no adquirirán domicilio en el lugar donde la cumplen sino que conservarán su domicilio anterior y

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

b).- DIRECCION E INSTRUCCION.-

No solo se les confía a los padres la guarda del hijo, sino también su dirección, que significa algo más; consiste en guiar sus acciones, en vigilar su desarrollo moral. Como la-

guarda, esta vigilancia es a la vez un derecho y un deber.

Junto con la obligación de instruir al hijo, está la obligación de tomar las medidas necesarias para cuidar su salud.

c).- DERECHO DE CORRECCION.-

El padre que tiene la guarda del hijo y que no logra educarlo de una manera conveniente, utilizando las medidas correlativas que entran en el ejercicio moral del derecho de guarda, puede dirigirse a la justicia para obtener que el niño sea internado en un establecimiento adecuado para su enmienda.

El artículo 477 dice al respecto:

ARTICULO 477.- Los que ejercen la Patria Potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente.

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

d).- MANTENIMIENTO DEL HIJO.-

La educación de un hijo origina gastos que están a cargo de los padres; es ésta la carga más pesada que aquéllos tienen que soportar; en comparación los cuidados prodigados al hijo son muy poca cosa. Cuando la familia se hace algo numerosa, la carga de mantenimiento y educación de los hijos es aplastante para los padres (16).

La obligación de los padres comprende una cantidad de gastos provocados por la presencia del hijo: alimento, vestido, habitación, gastos por enfermedad, etc.

Cuando los padres tienen recursos suficientes, la obligación de mantener al hijo se cumple por la fuerza misma de las cosas; éste vive a cargo de sus padres sin que la ley intervenga.

ARTICULO 362.- Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y ade

16) RIPERT Boulanger, Georges.
Tratado de Derecho Civil Tomo III
Personas Vol. II
Editorial La Ley
Buenos Aires, Argentina 1963

cuados a su sexo y circunstancias personales.

En cuanto a los actos ilícitos, los artículos 1409 y 1410 del Código Civil nos dicen.

ARTICULO 1409.- Los que ejerzan la patria potestad tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos.

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

e).- USUFRUCTO LEGAL.-

Como compensación de las cargas que tienen que soportar, la ley atribuye a los padres el usufructo de los bienes de sus hijos menores de dieciocho años. El usufructo consiste en el derecho de percibir las rentas sin obligación de rendir cuentas; es entonces una ventaja considerable que los padres extraen de la

patria potestad. Están obligados, sin duda, a emplear las rentas del hijo en darle una educación en relación con la fortuna de éste (y no con la de ellos) empero, las rentas del hijo pueden sobrepasar en mucho sus necesidades, ocurriendo bastante a menudo que este derecho de usufructo se resuelve en un beneficio anual considerable para los padres.

5.4.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.-

Los efectos de la Patria Potestad se dividen en:

- Efectos sobre la persona del hijo
- Efectos sobre los bienes del hijo

1.- EFECTOS EN RELACION CON LA PERSONA DEL MENOR.-

Los efectos sobre la persona del hijo, se refieren tanto a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella, como a la función protectora y formativa que deben llevar a cabo los primeros.

Por lo que se refiere a las relaciones personales el menor, debe honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes y, por lo que hace a la función protectora y formadora el ascen -

diente, está obligado a la guarda, manutención y educación del menor, pudiendo corregirlo mesuradamente.

El concepto de guarda presupone que el menor no puede dejar la casa sin permiso del progenitor. Su domicilio legal es el del que ejerce la patria potestad.

El mantenimiento implica todas las prestaciones que se señalan en la obligación alimentaria, incluyendo la educación, según las posibilidades del obligado.

Asimismo, el ascendiente está obligado a representar al menor, quien no puede celebrar actos ni comparecer en juicio sin su autorización.

Por otra parte, el ascendiente tiene el derecho de corrección y castigo. Este derecho ha evolucionado ampliamente, desde la facultad ya mencionada de vida y de muerte del menor, hasta considerar que los malos tratos de los progenitores pueden llegarse a tipificar como delitos. El síndrome del niño golpeado ha sido motivo de estudio no sólo entre los penalistas, sino también por parte de psicólogos, educadores, sociólogos y trabajadores sociales. Desde el punto de vista del derecho civil, los malos tratos son causa de la pérdida de la patria potestad.

2.- EFECTOS EN RELACION CON LOS BIENES DEL MENOR.-

Respecto de los efectos de la patria potestad sobre los bienes del hijo, es necesario atender al origen de los mismos. Al respecto, nuestro Código Civil los clasifica en:

- Bienes que el menor adquiere por su trabajo
- Bienes que el menor adquiere por otro título

En lo que concierne a los primeros, ya señalamos que pertenecen al menor en propiedad, administración y usufructo, y que en el caso de los segundos, la propiedad es del hijo pero la administración corresponde al ascendiente.

En lo que toca a los frutos de los bienes obtenidos por medios distintos del trabajo, la ley señala que la mitad corresponde al menor y la otra a quien ejerce la patria potestad; es lo que se conoce como usufructo legal, en este caso, los padres tienen todas las obligaciones de los usufructuarios comunes excepto dar fianza, a no ser que por cualquier causa pongan en peligro los bienes del menor. Considera la ley que el posterior matrimonio del ascendiente es una de ellas. También están privados de usufructo legal en el caso de que los bienes provengan de herencia o donación y, el testador o donador así lo disponga.

A la terminación de la patria potestad, los progenitores deben rendir cuentas de su administración.

3.- LA INTERVENCION JUDICIAL.-

Los que ejercen la patria potestad no pueden donar, vender o hipotecar los bienes del menor, sino en caso de necesidad comprobada ante el juez, quien podrá autorizarla; tampoco podrá arrendar por más de cinco años, ni dejar de rendir cuentas de su administración (17).

5.5.- MODOS DE TERMINAR Y SUSPENDER LA PATRIA POTESTAD

Recordamos que en la Patria Potestad no se puede renunciar y solo puede ser objeto de dispensa, cuando quien deba ejercerla le impida cumplir con este deber.

Así, se reconocen tres formas que afentan la Patria Potestad

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

17) BAQUEIRO Rojas, Edgardo
BUENROSTRO Baez, Rosalía
Derecho de Familia y Sucesiones
Colec. Textos Jurídicos Universitarios
Editorial Harla Págs. 229 y 230
México, D.F. 1990

c).- La extinción

5.5.1.- LA SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.-

La Patria Potestad se suspende por:

- a).- Cuando quien deba ejercerla sea declarado incapaz
- b).- Por la ausencia declarada en términos del Código Civil
- c).- Por la sentencia del juez que imponga la suspensión temporal del ejercicio de la Patria Potestad.

5.5.2.- LA PATRIA POTESTAD SE PIERDE.-

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

B).- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 283 del Código Civil, en el sentido de que con la sentencia que se dicte en dicho juicio se fijará la situación de los hijos, para los cuales el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la Patria Potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso y, en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de-

juicio necesarios para ello. El juez observará las del Código Civil para los fines de llamar al Ejercicio de la Patria Potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o designar tutor.

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

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

E).- Porque el que la ejerza viva en estado de concubinato, a menos que se trate de hijos nacidos en el concubinato.

5.5.3.- LA PATRIA POTESTAD SE EXTINGUE.-

1.- Cuando muere quien la ejercita y no hay con quien sustituirlo.

2.- Por la emancipación.

3.- Por la mayoría de edad.

Cierto que a la mayoría de edad termina la Patria Potestad, pero no la relación de padres e hijos, ni el parentesco, los que se expresan en el Código Civil que establece que "los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes". También subsisten las obligaciones alimenticias del parentesco (18).

5.6.- EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.-

La Patria Potestad, no es renunciable. Sólo puede ser objeto de excusa, cuando quienes deban ejercerla han cumplido la edad de sesenta años; o cuando por su mal estado habitual de salud, no pueden atender cumplidamente esa función.

La Patria Potestad se extingue por las siguientes causas:

- a).- Cuando el hijo alcance la mayoría de edad.
- b).- Por muerte del hijo
- c).- Por que no hay ascendientes en quienes recaiga la Patria Potestad.

18) CHAVEZ Ascencio, Manuel F.
Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares
Editorial Porrúa, S.A. Pág. 173
México, D.F. 1970

De este precepto se desprende, que mientras el descendiente es menor de edad, los padres y a falta de éstos los ascendientes (abuelos paternos o maternos) tienen el deber legal de asumir el cuidado y protección de aquél.

Además, en los casos de extinción de la Patria Potestad, en que ésta desaparece de un modo absoluto y en los cuales deba ser sustituida la tutela, existen casos en que se suspenda o se pierda el ejercicio de la autoridad paterna. En estos supuestos, no se extingue la Patria Potestad; su ejercicio recae entonces en el otro progenitor y a falta o por imposibilidad legal de éste, en los ascendientes de ulterior grado (19).

19).- GALINDO Garfias, Ignacio.
Derecho Civil 1er. Curso 7a. Ed.
Parte General, Personas, Familia
Editorial Porrúa, S.A. Pág. 685
México, D.F. 1985

CONCLUSIONES

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- En el capítulo primero de mi tesis hago referencia, específicamente a la familia, ya que es el tema medular de todo el contexto de mi trabajo, hablé de la familia como la célula de la sociedad, se define como un grupo natural cuya misión es el de asegurar la reproducción e integración de la humanidad.

SEGUNDA.- Es de todo sabido que la familia es el núcleo fundamental para que pueda subsistir una sociedad, porque reúne los requisitos esenciales a los que el ser humano es capaz de adaptarse, como son la moral, las tradiciones, la educación y esencialmente la unidad.

Ya que en el trabajo que presento, no juega ningún papel importante la preferencia de los que en su caso ejercen la patria potestad de un menor, es importante aclarar que para que exista una convivencia pacífica entre extraños, es decir, no parientes se necesita una afinidad de costumbres y, en el caso citado se debe tener por parte del pariente un trato directo idóneo para la seguridad y bienestar del menor.

TERCERO.- El derecho subjetivo ha sido definido como un interés jurídicamente protegido, como la potestad o señorío de la voluntad, conferido por el ordenamiento jurídico y como el poder-

para la satisfacción de un interés reconocido, entre otras maneras, los derechos subjetivos familiares constituyen facultades jurídicas que son originadas ya sea por el matrimonio, parentesco, patria potestad o tutela, para poder así legalmente interferir en la conducta de la persona, en este caso refiriéndose específicamente a la conducta del menor.

Acerca del concepto potestativo que es bien sabido su similitud con el concepto de poder, ya que el que ejerce la patria potestad más que poder sobre el menor le brinda una protección en cuanto a su persona y lo que le atañe al mismo.

CUARTA.- Después del análisis comparativo entre la institución romana y la actual en cuanto a la patria potestad, encontramos que además de ser un cargo estrictamente privado de interés público, sus características esenciales son las de ser:

IRRENUNCIABLE: Porque su ejercicio está implícitamente contenido en la propia obligación de naturaleza pública y por eso no se puede renunciar, sin embargo en ciertos casos establecidos por la ley se permite excusarse al ejercicio de la patria potestad;

INTRANSFERIBLE: Ya que es un deber personalísimo y sólo por muerte o incapacidad pueden extinguirse para que otro la-

ejerza;

IMPRESCRIPTIBLE: Porque no sufre modificación alguna por el transcurso del tiempo.

Y por último está fuera del comercio, ya que los derechos y deberes de la patria potestad no pueden ser objeto de comercio.

QUINTA.- En cuanto a la dualidad de derechos y deberes que existe en forma recíproca entre el que ejerce la patria potestad y los menores sujetos a la misma, la ley establece en cuanto a los hijos, el deber de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, ésto es un fundamento ético de las relaciones sociales, ya que ésto es lo que consolida y proyecta a la familia. Y por lo que hace a la función protectora y formadora, el ascendiente está obligado a la guarda, manutención y educación del menor, pudiéndolo corregir mesuradamente.

SEXTA.- Conforme a la disposición legal que establece el Código Civil vigente para el estado de Guanajuato, en su articulado 468, que a la letra dice:

ARTICULO 468: La Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- 1.- Por el padre y la madre
- 2.- Por el abuelo y abuela paternos
- 3.- Por el abuelo y abuela maternos

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

En esta disposición se observa una desigualdad en perjuicio de los abuelos maternos, y al mismo tiempo se deja de considerar que lo importante es el adecuado ejercicio de la patria potestad, que implica fundamentalmente deberes y, cuya institución, más que al derecho de quienes ejercen, deben atender al beneficio de los menores sobre los que se ejercita.

No es raro que los abuelos maternos se ocupen preferentemente de la guarda y educación de los menores, continuando una relación que se había iniciado desde la madre, quien normalmente vincula estrechamente a sus hijos con sus propios padres, estableciendo íntimas relaciones afectivas entre nietos y abuelos maternos.

Por tanto, considero firmemente que no debe haber tal desigualdad, ya que se está buscando el bienestar integral del menor.

La preferencia legal para que sean los abuelos paternos antes que los abuelos maternos, quienes se ocupen de la patria potestad de los nietos, constituye sólo una reminiscencia de un estado de cosas en vías de ser superado, en el que existía un predominio del varón sobre la mujer.

En la actualidad la igualdad jurídica del hombre y la mujer, cuenta con un respaldo constitucional derivado del artículo 4o. de la carta magna, que dispone: "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Este protegerá la organización y el desarrollo de la familia". Si no existe ninguna razón legal para establecer un orden, de preferencia en el caso en que la patria potestad tenga que ser ejercida por los abuelos, en los preceptos del Código Civil ya estudiados, deben ser reformados, pues no sólo atenta contra la igualdad del hombre y de la mujer, sino que son contrarios a un criterio prudente que haga prevalecer el interés y beneficio de los menores, sobre cualquier otro criterio, por esta razón se propone se suprima el orden legal en que los abuelos sean llamados a ejercer la patria potestad a falta de los padres y, que la única razón para preferir a los que son por parte de uno de los progenitores respecto de aquéllos que lo son por parte del otro, sea la idoneidad que éstos tengan para ejercer dicho cargo y el beneficio para que los menores reporte.

Por esta razón propongo se tenga a bien reformar el-

citado artículo, quedando de la siguiente manera, salvo técnica y mejor redacción:

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

1.- Por el padre y la madre

2.- Por los abuelos que materialmente se estén ocupando de los menores, ya sean maternos o paternos, o cuando ambos no se ocupen de ellos, el juez decidirá a quien corresponderá el ejercicio de la patria potestad, buscando siempre el beneficio de los menores.

Si viven separados se observará en su caso, lo dispuesto por los artículos 436 y 437.

B I B L I O G R A F I A

B I B L I O G R A F I A

- 1) **BAQUEIRO** Rojas, Eduardo
BUENROSTRO Báez, Rosalía
Derecho de Familia y Sucesiones
Colección Textos Jurídicos Universitarios
Editorial Harla 1a. Ed.
México, D.F. 1990

- 2) **CLEMENTE** de Diego, Felipe
Institución de Derecho Civil
Derecho de Obligaciones, Contratos, Derecho
Familiar Tomo II
Madrid España 1959

- 3) **CHAVEZ** Asencio, Manuel F.
La Familia en el Derecho
Derecho de Familia y Relaciones
Jurídicas Familiares
Editorial Porrúa 2a. Ed.
México, D.F. 1990

- 4) **DE IBARROLA, Antonio**
Derecho de Familia
Editorial Porrúa
México, D.F. 1993

- 5) **ELIAS Azar, Edgar**
Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano
Editorial Porrúa
México, D.F. 1995

- 6) **PLANIOL Marcel, Fernando**
Tratado Elemental del Derecho Civil,
Divorcio, Filiación, Incapacidades
Editorial José M. Cajica
Puebla 1946

- 7) **RIPERT Boulanger, Georges.**
Tratado de Derecho Civil Tomo III
y Personas Vol. II
Editorial La Ley
Buenos Aires, Argentina 1963

- 8) ROJINA Villegas, Rafael
Compendio de Derecho Civil
Introducc. Personas y Familia
Editorial Porrúa 24a. Ed.
México, D.F. 1991
- 9) ROJINA Villegas, Rafael
Derecho Civil Mexicano
Editorial Porrúa 6a. Ed.
T. II Derecho de Familia
México, D.F. 1983

LEYES Y CODIGOS DE MEXICO

- 10) **CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO**
Colección Porrúa 6a. Ed.
México, D.F. 1995
- 11) **CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**
En Materia Común y para toda la República en
Material Federal.
Editorial Delma 12a. Ed.
México, D.F. 1994